أحكام المعاملات الشرعية

الشيخ على الخفيف

المؤلفات الكاملة للشيخ على الخفيف



٢٥٣ على الخفيف.

ع ل أ ح أحكام المعاملات الشرعية/ تأليف على الخفيف. ـ القاهرة: دارالفكر العربى، ٢٠٠٨م.

٥١٥ ص ؛ ٢٤سم.

يشتمل على إرجاعات ببليوجرافية.

تدمك: ١ ـ ٨٧٦. ـ ١٠ ـ ٩٧٧.

١ ـ المعاملات (فقه إسلامى) . ٢ ـ الفقه الإسلامى. أ ـ العنوان.

مقدمة

التعريف بالشريعة الإسلامية. واضعها، أدلتها، منشأ الخلاف فيها، أشهر المذاهب ترجمة مختصرة لبعض أصحابها

التعريف بالشريعة الإسلامية

معناها لغة - معنى الشريعة الأصلى : مورد الشاربة، وهو المكان الذى يرده الناس والدواب للشرب، ويسمى كذلك مشرعا ومشرعة، ومن ذلك قيل : شرع فى الماء شروعًا إذا ورد المشرع والشريعة. ثم أطلق هذا اللفظ على ماشرعه الله لعباده من الأحكام، وعلى كل ظاهر مستقيم من المذاهب، ومثله فى هذا الشرعة، وعن ذلك الاستعمال قيل : شرع إذا عمل بالشرع، وشرَّع إذا سن أحكامًا وقوانين. وجاء فى الذكر الحكيم (٥٨ : ٥) ﴿**لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا**﴾[١]. أى شريعة تتبعونها وطريقا واضحا تسلكونه، وكذلك جاء فيه(١٨ : ٤٥) ﴿**ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها**﴾ وجاء فيه (١٣ : ٤٢) ﴿**شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا**﴾ وأساس هذا الإطلاق يتبين لك من قول بعض العلماء : (الشرائع[٢]. نعم الشرائع[٣]. ، من وردها روى ومن صدٍّ عنها دوى)[٤].

والإسلام معناه الأصلى: الانقياد والخضوع والتسليم والاستسلام، وقيل فى ذلك : أسلم فلان فى هذا الأمر إذا انقاد إليه وخضع، وأسلم لأمر الله إذا سلم واستسلم، ثم أطلق على الإيمان بالله وبرسوله محمد ﷺ وبما جاء به من دين.

---

(١) الرقم الأول رقم الآية، والثانى رقم السورة.

(٢) الأحكام الشرعية.

(٣) موارد الشاربين.

(٤) صد : أعرض. دوى : مرض.

معناها عند الشرعيين ـ وإذن فمعنى الشريعة الإسلامية ما شرعه اللّٰه سبحانه وتعالى لعباده من الأحكام على لسان رسوله محمد ﷺ.

علوم الشريعة ـ وهذه الأحكام أنواع ثلاثة : فما يتعلق منها بالعقائد الأساسية للإسلام يعرف بعلم الكلام[1]، وذلك كالأحكام المتعلقة بذات الله وصفاته وبالإيمان به وبرسله وكتبه واليوم الآخر وما إلى ذلك.

وما يرجع منها إلى تهذيب النفوس وتزكيتها وتكميلها يسمى بعلم الأخلاق، وذلك كالأحكام المبينة لما يجب أن يتحلى به من الفضائل، كالصدق والحلم والوفاء، ولما يجب أن يتخلى عنه من الرذائل، كالكذب والغضب وخلف الوعد.

وما يختص منها ببيان أحكام ما للناس من أعمال ومعاملات، وما يعقدونه من عقود، وما يملكونه من أموال يسمى بعلم الفقه. **ومعنى الفقه لغة** : الفهم والعلم والفطنة، وفعله (فَقُهَ) ككرم، وفَقِهَ كفرِحَ.

شُعَبُ علم الفقه ـ وينقسم علم الفقه عدة أقسام :

فما كان منه خاصا بأحكام الوسائل التى يتقرب بها إلى الله سبحانه وتعالى من صلاة، وصوم، وزكاة، وحج، يسمى **بالعبادات**.

وما كان منه متعلقا بتكوين الأسرة ونظامها من زواج، وطلاق، ونفقات، ونسب يسمى **بالأحوال الشخصية** [2]. وما كان منه متعلقا بالأموال والتصرف فيها، من بيع، وإجارة، ورهن، وغير ذلك يسمى **بالمعاملات**.

وما كان منه متعلقا بالجرائم وما يترتب عليها من عقوبة، يسمى **بالحدود والتعزيرات، أو بالعقوبات**.

---

(١) سمى بعلم الكلام لما كان يتطلبه الجدل فى مسائله من كثرة الكلام. وقيل لأنه يشتمل على صفة الكلام الثابتة للّٰه تعالى، وقد كان لها شأن أى شأن فى خلافة المأمون ومن ولى الأمر بعده.

(٢) جرى المؤلف على الاصطلاح الذى ساد بين القانونيين ترجمة للفظ الأفرنجى فى عصره، وقد سميتها «أحكام الأسرة» وعلى هذا تجرى مشروعات القوانين.

وما كان منه متعلقا بالدعوى وطريق إثباتها والحكم فيها وما إلى ذلك يسمى **بالمرافعات**.

وما كان منه متعلقا بالحروب وأسبابها ونتائجها وعلاقة الأمة الإسلامية بغيرها يسمى **بالسِّيَر**(١) **أو بالمغازى**.

وهذا النوع من التقسيم حديث العهد، اتبعنا فيه طريقة العلماء فى قسمة الشرائع الوضعية، فقد قسموها ـ كذلك ـ تيسيرا لدراستها والتخصص فيها.

واضع الشريعة الإسلامية

شارعها هو اللّٰه سبحانه وتعالى، فهو الواضع لها جميعها، وهو الحاكم لا سواه، وقد جاء فى الكتاب الكريم (٤٠ : ١٢) **﴿إن الحكم إلا للّٰه﴾**.

وقد أوحى بها إلى رسوله محمد ﷺ ليبلغها الناس ويبينها، فكان هو المبلغ لها والمفسر لا الواضع، وقد جاء فى الذكر الحكيم (١٠٢ : ٥) **﴿ما على الرسول إلا البلاغ﴾**. وجاء فيه (٤٤ : ١٦) **﴿وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلهم يتفكرون﴾**.

كيف وصلت إلى الناس؟ : ـ وإذن فجميع أحكام الشريعة الإسلامية من عند اللّٰه تعالى، غير أن منها ما أوحى به مفصلا، فجاء به الدليل صريحا، كما جاء فى قوله تعالى : (٢٧٥ : ٢) **﴿وأحل اللّٰه البيع وحرم الربا﴾**، ومنه ما جاء غير مصرح به فكان طريق معرفته النظر فيما صرح به من الأحكام. ولذا كانت الدلالة عليه مختلفة فى وضوحها ونوعها، وكان ذلك سبيلا إلى استنباط ما يساير الزمن ويحقق مصالح الناس على اختلافهم.

ومن أمثلة ذلك : استنباط حرمة كل مسكر من آية تحريم الخمر، وهى : (٩٠، ٩١ : ٥) **﴿يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون * إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم**

---

(١) السِّيَر : جمع، مفرده سيرة وهى الطريقة. وغلب فى لسان الفقهاء على المغازى اهـ مصباح.

العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون﴾[1]. فإن الكتاب بيّن فى هاتين الآيتين تحريم شرب الخمر وعلته، فذكر أن شرب الخمر من إغواء الشيطان وتحريضه لكى يوقع شاربيها فى العداوة والبغضاء، ويصدكم عن ذكر اللّه وعن الصلاة. وهذا كله متحقق فى شرب أى مسكر آخر لهوًا ولعبًا فيكون حرامًا[2].

وعن هذا الطريق الأخير - طريق القياس - عرف كثير من الأحكام. بل إن أكثر أحكام الشريعة الإسلامية منه، وإن كان النوع الآخر من الأحكام هو الأساس والأصل لهذا النوع، ومنه مستمدة، قال تعالى : (٩٨ : ١٦) **﴿ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شىء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين﴾**.

أثرها فيما كان للعرب قبلها من شرائع :

لم تكن الشريعة الإسلامية - مع ما بيناه من نزول الوحى بها - شريعة جديدة مستحدثة فى كل أحكامها، بل كان كثير منها معروفًا قبل الإسلام، وذلك أن العرب كانوا كأية أمة لها حياة اجتماعية مدنية ذات ارتباطات اقتصادية وصلات سياسية ومعاملات مالية متنوعة، كانوا يتحالفون ويتبايعون ويتداينون ويرهنون ويتجرون ويتنازعون ويتحاكمون ويتناكحون، وكانوا فى جميع ذلك خاضعين لعادات جارية أو تقاليد موروثة أو عرف مألوف، أو متبعين ديانات سابقة، وكان كل أولئك مختلفا إلى حد ما باختلاف القبائل، ومتأثرا كذلك بهوى رؤسائهم ورغبات كبرائهم. وكذلك كانت تتحكم فيهم - فى بعض الأحايين - مبادئ مقدسة

---

(١) والخمر : نقيع العنب إذا اشتد وغلى. والميسر : القمار والأنصاب : الحجارة تنصب للعبادة أو للذبح عليها تقربا، مفرده نصب. والأزلام : الأقداح، كان العرب إذا قصدوا أمرا ضربوا ثلاثة أقداح، منها واحد غفل، وآخر مكتوب عليه (أمرنى ربى) وثالث مكتوب عليه (نهانى ربى)، فإذا خرج القدح الآمر مضوا، وإن خرج الناهى تجنبوا، وإن خرج الغفل أجالوها مرة أخرى، وهكذا. ومفرد الأزلام زلم.

(٢)ومن الأمثلة أيضا : الحكم بكراهية الإجارة وغيرها من الأعمال إذا وقعت عند النداء إلى الصلاة من يوم الجمعة، استنباطا من الآية الناهية عن البيع فى ذلك الوقت، وهى قوله تعالى فى آخر سورة الجمعة : **﴿فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع﴾** فقد نهت عن البيع فى ذلك الوقت حتى لا يحول دون إجابة النداء والسعى إلى الصلاة، فكان فى حكمه كل عمل يؤدى فى ذلك الوقت لنفس العلة.

عندهم، خلفتها لهم الأديان البائدة، كدين إبراهيم أو دين إسماعيل، أو أحدثتها نظم انتقلت إليهم من الأمم المجاورة لهم كالفرس والرومان. وأن مجتمعًا تتسلط عليه كل هذه العوامل المختلفة التى لا ترتكز فى كثير من الأحوال على أسس عادلة، لكثير الاضطراب مليء بالظلم، لا يأمن فيه إنسان على حقه، ولا يرتدع فيه ظالم عن ظلمه، وإن لم يخلُ من أمور صالحة ومعاملات عادلة لا غنى للناس عن بقائها.

جاء رسول اللّه محمد ﷺ وحال هذه الأمة على ما وصفنا فلم يعمد إلى هدمها، ولكنه حاول إصلاحها، وعنى بعلاجها، حتى طهرها من الرجس، وخلصها من شوائب الظلم، ونفى عنها بوائق الجاهلية وأدران الوثنية؛ فحرم الضار وكمل الناقص، وأصلح الفاسد وأقر الصالح. حرم الربا؛ لأنه نظام من المعاملة ضار وجائر، وحرم أنواعًا من الزيجات كزواج المقت [1]، وزواج الشغار [2]؛ لأنها لا تحقق أغراض الزواج وغايته. وأصلح نظام البيوع؛ فنفى عنها الغرر والخداع والغبن الفاحش، وأقر الحج بعد أن خلصه من أوضار الشرك وآثار الوثنية، وأقر الإجارة والرهن والعارية لصلاحها، وهكذا جاءت الشريعة إلى الناس معروفة غير منكرة، تحقق لهم منافعهم وتكفل لهم حاجاتهم وتدفع عنهم شقوتهم، وتوجههم إلى سعادتهم. وكثير منها جديد مستحدث شرعه اللّه لمصلحة الناس وحاجاتهم كالوقف والزكاة وغيرهما، وكلا النوعين جاء به الوحى؛ إما إقرارًا وإما إنشاء.

أدلتها

الكتاب والسنة ـ أوحى اللّه بشريعته إلى محمد ﷺ، فكان هذا الوحى تارة ينزل عليه باللفظ من عند اللّه، فيجب حفظه وتبليغه كما أنزل، وهذا هو القرآن الكريم الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه. وتارة يجيئه بالمعنى فكان النبى ﷺ يبلغه الناس بالعبارة التى يصوغها من عنده ويرتضيها لبيانه. وهذا أحد نوعى السنة، وهو السنة الموحى بها.

أما القرآن فكثيرًا ما نزل فى أصول الدين وأمهات المسائل مما لا يتأثر بمرور

---

(١) التزوج بزوجة الأب.

(٢) أن يتزوج الرجل بابنة رجل أو أخته نظير أن يزوجه بابنته أو أخته.

الزمن ولا يختلف باختلاف الأمم، كتوحيد اللّه وتقديسه والحث على الخلق العظيم، كما نزل فى إحلال بعض المعاملات وتحريم الخبائث.

وأما السنة فقد جاءت تابعة للقرآن، مبينة لإجماله، مفصلة لأحكامه، تقوم عليه ولا تختلف عنه.

وكلا الوحيين مصدر أساسى للشريعة الإسلامية، يرجع إليهما فى بيان الأحكام وتطبيقها، فإذا وقعت واقعة وأريد معرفة حكم اللّه فيها وجب الرجوع إلى كتاب الله، فإن وجد فيه حكمها قضى به، وإلا وجب الرجوع إلى السنة، فإن وجد فيها حكمها قضى به وإلا وجب النظر فيما نزل من أحكام، وما جاء معها من علل، أو ما شرعت لأجله من حكم وأغراض، وقيس الشبيه على شبيهه، وألحق المثيل بمثيله، فسوى بينهما فى الحكم، أو جعل روح التشريع هاديًا إلى الحكم المطلوب، وهكذا حتى يطمئن الناظر أو المجتهد إلى أن ما وصل إليه هو حكم اللّه فى هذه الواقعة، فيقضى به.

كذلك كان يفعل الرسول ﷺ فيما يعرض له من الحوادث والوقائع، يقضى فيها بما نزل عليه، فإن لم ينزل عليه فيها شىء اجتهد ونظر فيما نزل حتى يصل إلى حكم اللّه المطلوب فيقضى به، ويقره اللّه عليه، وحكمه **فى هذه الحال هو النوع الثانى من السنة** : **فالسنة** إما أن تصدر عن وحى، وإما أن تصدر عن اجتهاد أقره اللّهُ عليه، وكلا النوعين واجب أن يتبع، وهى فى الحالين لا تخرج عن **قول أو فعلٍ أو إقرارٍ** أثر عن النبى ﷺ.

أما اجتهاد غيره ﷺ فى زمنه فلا يعد شرعا إلا إذا عرض على النبى ﷺ فأقره، وعندئذ يصير سنة بإقراره، وكثيراً ما كان يقع ذلك إذا عرضت لأصحابه وقائع لا يعرفون فيها حكما وهم على سفر، فكانوا يجتهدون، فإذا حضروا إلى رسول اللّه ﷺ عرضوا عليه اجتهادهم، فإذا أقره كان شرعا وإلا ردهم إلى الصواب.

وعلى هذا الأساس : ولى عليه الصلاة والسلام معاذ بن جبل[1]. قضاء

(١) أنصارى خزرجى أسلم وسنه ١٨ سنة، وهو ممن جمع القرآن وتوفى سنة ١٨ من الهجرة.

اليمن، وقال له : «بم تقضى؟» قال : بكتاب اللّٰه، قال : «فـإن لم تجد؟» قال: أقضى بسنة رسول اللّٰه، قال : «فإن لم تجد؟» قال معاذ : أجتهد رأيى، قال عليه السلام : «الحمد للّٰه الذى وفق رسولَ رسولِ اللّٰه إلى ما يُرضى اللّٰه ورسوله».

وليس اجتهاد رأيه إلا القضاء بالاجتهاد، وقياس الأمور بأشباهها، والعمل بما تقضى به قواعد الشريعة الكلية، وبما يهدى إليه روحها وسر شرعها.

ومن هذا البيان يظهر لنا أن مصادر الشريعة أو أدلتها فى حياته عليه السلام: الكتاب والسنة بنوعيها، وأن اجتهاد غيره لا يكون مصدراً إلا إذا أقره.

متى انقضى عهد التشريع ؟: وبوفاته ﷺ انقضى عهد وضع الشريعة ولم يبق إلا تطبيقها، وكان ذلك بعد أن تمت وكملت، وفى ذلك يقول اللّٰه تعالى فيما أنزله عليه بعرفات قبل وفاته عليه الصلاة والسلام بإحدى وثمانين ليلة (٣ : ٥) **﴿اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا﴾** وقد قيل : إنها آخر آية نزلت من القرآن فلم ينزل بعدها تحليل ولا تحريم، وكان نزولها فى تاسع ذى الحجة من السنة العاشرة، يوم الحج الأكبر.

وقد قام أصحابه بعد وفاته ﷺ بتطبيق ما حفظوا من شريعته على ما كان يعرض لهم من حوادث ويواجهونه من مسائل متبعين الأساس الذى سنه عليه الصلاة والسلام لهم فى حديث معاذ المتقدم.

فكان كل من أبى بكر وعمر رضى اللّٰه عنهما، إذا ما عرضت لأحدهما حادثة، نظر فى كتاب اللّٰه، فإن لم يجد نظر فيما يحفظ من سنة رسول اللّٰه، فإن لم يجد سأل الناس (هل فيكم من يحفظ فى هذا الأمر سنة؟) فإن لم يجد اجتهد واستشارهم، فـإذا اشتركوا فى البحث والنظر فقد يجمعون على حكم، وهذا ما يكثر وقوعه، وقد يختلفون.

الإجماع ـ فإذا أجمعوا ولم يخرج واحد عن إجماعهم، وكان الحكم المجمع عليه قاطعا فى النزاع المعروض أمامهم لعلمهم بأنهم لا يجمعون على ضلالة؛ لأن إجماعهم لا يكون إلا عن دليل شرعى يسلمون له جميعا، وقد روى عن رسول

اللَّه ﷺ «لا تجتمع أمتى على ضلالة» وهذا هو أساس الإجماع الذى عد دليلا ثالثا من أدلة الشريعة الإسلامية[1].

النظر والقياس - وإذا اختلفوا، فذلك لاختلاف الأدلة، وتفاوت النظر؛ وعدم استطاعتهم أن يوفقوا بين وجوه الخلاف، وأن يصلوا إلى القطع بحكم اللَّه فى هذا الأمر، وكل ناظر منهم يظن ظنا راجحا أن ما وصل إليه هو حكم اللَّه فيه، فيرجح الخليفة ما تطمئن إليه نفسه من الآراء بعد مناقشتهم فيها، ثم يقضى به فينتهى النزاع بذلك، دون أن يعتبر هذا القضاء شريعة ملزمة لجميع الناس فيما يعرض لهم من حوادث أخرى مشابهة، ولا ملزما للخليفة نفسه إذا ما عرضت له حادثة مماثلة فاطمأنت نفسه إلى قضاء غيره.

وفى هذا النوع من النظر والاجتهاد كانوا يقيسون الأمور بأشباهها ويلحقون المثيل بمثيله، وهذا ما يسمى بالقياس[2]. وقد يتجهون فيه إلى تطبيق قواعد الشريعة العامة التى عرفوها من الرسول أو إلى استيحاء أسرارها وتحقيق أغراضها وحكمها.

هذه هى طرقهم إلى تعرف الحكم، ومن هذا كانت مصادر الشريعة أو أدلتها بعد وفاته عليه السلام (**الكتاب والسنة والإجماع والنظر أو القياس**) والنظر أعم من القياس؛ لأنه يشمله ويشمل غيره كتطبيق القواعد العامة والاهتداء بروح الشريعة وأغراضها.

الخلاف فى الشريعة وأسبابه

كان كتاب الله مكتوبا فى صحائفهم، محفوظا كله فى صدور بعضهم، فلم يكن يغيب عنهم جميعا شىء منه.

---

(١) الإجماع : هو اتفاق كل مجتهدى الأمة الإسلامية فى عصر من العصور على حكم شرعى، وهو حجة قطعية الدلالة عند جمهور الفقهاء.

(٢) القياس : إلحاق أمر لا نص فيه بأمر آخر منصوص على حكمه بإعطائه ذلك الحكم بناء على اشتراك الأمرين فى العلة التى شرع لأجلها ذلك الحكم، كما فى إلحاق شرب النبيذ بشرب الخمر فى الحرمة؛ لأنهما مسكران.

أما السنة فكانوا فيها على خلاف ذلك؛ لأن النبى ﷺ ما كان يأمر بكتابتها، وما عنى أحـد من أصحـابه بذلك، اللهم إلا ما كان من عـبد اللّٰه بن عـمرو بن العاص[1]. ؛ فإنه كتب منها ما سمع فى صحيفة كانت تسمى (الصادقة).

وكان عليه السلام يقول ويفعل فى كثير من حالاته؛ فى بيته، وفى مسجده، وفى قعـوده، وفى مشيـه، وفى حضره، وفى سـفره، ولم يكن يحـضر ذلك من أصحابه إلا من كان له شأن أو كـان مع الرسول وقت أن عُرضت الحادثة، فلذلك لم يكن أصحـابه فى سنته ﷺ سواء، بل كان منهم المقل الذى يحـفظ الحديث أو الحديثيـن وهم كثير، ومنهم المكثـر وهم قليل، كأبى هريرة[2]، ولقد عـاب عليه بعض الأصحاب كثرة حديثه، فقال (إن الناس يقولون : أكثر أبو هريرة، ولولا ما قرأت فى كتـاب الله ما حدثت حديثا، ثـم تلا قوله تعالى : (١٥٩، ١٦٠ : ٢) ﴿**إن الذين يكتمون ما أنزلنا من البينات والهدى من بعد ما بيناه للناس فى الكتاب أولئك يلعنـهم الله ويلعنهم اللاعنون * إلا اللـذى تابوا وأصلحـوا وبينوا فـأولئك أتوب عليهم وأنا التواب الرحيم**﴾. إن إخواننا من المهاجرين كـان يشغلهم الصفق فى الأسواق ـ الاتجـار فيـها ـ وإن إخـواننا من الأنصار كـان يشغلهم العـمل فى أمـوالهم، وإن أبا هريرة كـان يلزم رسـول الله ﷺ، بشـبع بطنه يـحضـر مـالا يحضرون، ويحفظ مالا يحفظون).

كذلك كان الصحابة مختلفين فى قوة الفهم، ودقة الملاحظة، ودرجة الحفظ فيما يشهـدون ويسمعون؛ فمنهم من كان يعنى بالمعنى فقط فـيدركه، ثم ينقله بعد ذلك إلى غيره بلفظ من عنده، ومنهم من كان يعنى باللفظ فيحفظه، ثم ينقله إلى الناس، وقد تخونه فى ذلك ذاكرته، فيضع لـفظا يظن أن قد سمعه، بدل لفظ قد نسيه، هكذا فعلوا، فـاختلفت روايتهم للحديث، بسبب اختلافـهم فى أفهامهم، وتفاوتهم فى درجة حفظهم، وقوة ملاحظاتهم، واختـلافهم فى أساليبهم، فإذا ما ضممنا إلى ذلك أنهم قد اختلفوا فى فـهم كثير من آى القرآن، وأنهم كانوا كذلك

---

(١) صحابى أسلم قبل أبيه، وكان واسع العلم، وأقام آخر أيامه بمصر وتوفى بها سنة ٦٥.

(٢)اسمه عبد الرحمن بن صخر أسلم عام خيبر، له (٥٣٧٤) حديثا، وتوفى ٥٩.

يختلفون عند النظر والاجتهاد والتطبيق؛ لاختلاف طبائعهم، وتفاوت مداركهم وعلمهم بالسنة وأحكامها، وتفهمهم لأغراض الشريعة وأسرارها، تبينت لنا أسباب اختلاف الفقهاء فى أحكام الشريعة بعد وفاة رسول الله ﷺ. وهذه أهمها:

١ ـ اختلافهم فى فهم بعض آيات القرآن[١] وبعض ما ورد من السنة[٢].

٢ ـ تفاوتهم فيما يحفظونه من السنة، فربما عرضت حادثة على من لا يحفظ فيها سنة فيفتى فيها برأيه، بينما قد عرضت على مَنْ يحفظ فيها سنة، فيقضى فيها بما حفظ فيختلف الحكمان[٣]. ، وربما اختلفوا فى ضبط حال خاصة وفى روايتها، وذلك كما فى حديث الخنساء بنت خدام فقد رواه بعضهم (أنكحنى وأنا كارهة أبى وأنا بكر فشكوت ذلك إلى النبى ﷺ، فقال له: «لا تنكحها وهى كارهة» ورواه بعضهم (وأنا ثيب) بدل وأنا بكر فترتب على ذلك تغير الحكم، والرواية الأولى ترد مذهب الشافعى لأنه يرى أن للأب أن يزوج ابنته جبرا عنها إذا كانت بكرا، والحديث ينهى عن ذلك. أما الرواية الثانية فإنها تتفق مع مذهبه؛ لأنه لا يرى إكراه الثيب على النكاح.

٣ ـ اختلافهم فى وزن ما يروى لهم من سنة، فقد يصل الحديث إلى أحدهم من طريق لا يثق برجاله فلا يعمل به؛ لأنه يظن براويه الخطأ أو عدم الحفظ أو أن الحديث قد أدخل عليه أو غير ذلك. وقد يصل بنفس الطريق إلى آخر فيعمل به لوثوقه بجميع رواته، أو يصل إليه مس طريق آخر موثوق برجاله فيقضى به، بينما الآخر قد تركه ونظر برأيه فيختلفان. والاختلاف بسبب ذلك كثير[١].

---

(١) من ذلك اختلافهم فى معنى القرء فى قوله تعالى: (٢٢٨ : ٢) ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ فسره بعضهم بالحيض، وبعضهم بالطهر.

(٢) من ذلك اختلافهم فى معنى قوله عليه السلام «لا نكاح إلا بولى» فسره بعضهم بأن النكاح بغير ولى باطل وفسره بعضهم بأنه مكروه.

(٣) من ذلك ما رآه على رضى الله عنه فى الزوجة التى لم يسم لها مهر، إذا توفى عنها زوجها قبل الدخول بها، إذ قاسها على المطلقة قبل الدخول فلم ير لها شيئا من المهر وقال (حسبها الميراث)، ورأى غيره أن لها مهر مثلها لحديث بروع بنت واشق، فقد روى معقل بن سنان أن رسول الله ﷺ (قضى لها بمهر مثلها) وكان زوجها قد توفى عنها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا.

٤ ـ تفاوتهم فى فهم أسرار الشريعة وعللها وأغراضها، فتختلف آراؤهم وفتاويهم تبعا لاختلافهم فى فهم هذه الأمور، فربما عرض الأمر فألحقه أحدهم بأمر رآه مثيلا له، وألحقه الآخر بأمر غيره يراه المثيل له، فيعطيه كل منهما حكما يخالف الحكم الآخر، وهكذا[٢].

٥ ـ اختلاف البيئات والعادات والمعاملات باختلاف الأقطار الإسلامية وتباعدها، فإن كثيرا من الأحكام لا يهتدى إليها إلا على ضوء تحقيق المصلحة، ودرء المفسدة، فإذا ما اختلفت المصالح باختلاف البلاد والبيئات اختلفت الأحكام تبعا لها. وقد غير الشافعى كثيرا من آرائه حين انتقل إلى مصر لِمَا رآه فيها من عادات لم يرها فى العراق والحجاز.

٦ ـ اختلاف المسلمين سياسيا فى آخر عهد عثمان وفى عهد على، فقد ظهر فيهم الشيعة والخوارج.

فأما الشيعة فيرون أن الخلافة بعد الرسول لعلى، ثم لذريته، استحقتها بوصية من الرسول، ويعدون أبا بكر وعمر وعثمان عصاةً؛ لاغتصابهم إياها، ولا يأخذون بحديث يرويه أحدهم ولا واحد ممن ناصرهم.

وأما الخوارج فكانوا من جيش على حين كان يقاتل معاوية، ثم خرجوا عليه لقبوله التحكيم بينه وبين معاوية. ويرون أن الخلافة إذا ما احتاج المسلمون إليها تكون لمن هو أهل لها، عربيا كان أو غير عربى، فيخالفون جمهور المسلمين فى

---

(١) من ذلك أحاديث إثبات الشفعة للجار، عمل بها الحنفية، ولم يعمل بها الشافعى ومالك وأحمد، ومن هذه الأحاديث (جار الدار أحق بالدار من غيره) ومنها (الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا) ومنها (الجار أحق بسقبه).

(٢) من ذلك : الاختلاف فى بيع القمح بدقيقه، قيل يجوز ولو مع التفاضل؛ لأنهما جنسان كبيع القمح بالأرز، وقيل لا يجوز إلا مع التساوى؛ لأنهما جنس واحد كبيع القمح بالقمح. واختلافهم فى بيع لبن المرأة بعد حلبه، أجازه مالك والشافعى قياسا على لبن الغنم؛ لأن كلا منهما مباح شربه. ولم يجزه أبو حنيفة لأنه لبن حيوان لا يؤكل لحمه فلا يجوز قياسا على لبن الأتان، اهـ من تهذيب الفروق ص ٢٤٠ ج ٣.

أنها واجبة، ولا تكون إلا فى قريش، ولا يأخذون بحديث يرويه على أو شيعته أو معاوية أو من ناصره، وينقمون على عثمان سياسته.

وقد كان اختلاف المسلمين فى المسائل الفقهية عقب وفاة الرسول فى خلافة أبى بكر وعمر قليلا، كما قدمنا؛ وذلك لوجودٌ أكثر المفتين منهم بالمدينة، وسهولة اجتماعهم واستشاراتهم فيما يُعرض من الحوادث التى لم ينزل فيها نص، فإذا تشاوروا فى الأمر وهم فى بيئة واحدة وقد قرب بعضهم إلى بعض اجتماعهم برسول الله ﷺ وصحبتهم له، وأخذهم الدين عنه، ومعرفتهم بطرائق نظره، اجتمعوا على رأى ولم يختلفوا، وإذا اختلفوا فلاختلاف فى الأدلة لم يوفقوا إلى رفعه، وقلما يحدث ذلك، وعندئذ يعمل كل فى المسألة برأيه، إلا إذا أرادهم الخليفة على رأى معين، فعند ذلك ينتهى الخلاف فى الحادثة المعروضة، ثم لا يكون رأى أحدهم ملزما لغيره فى حادثة أخرى، بل يجوز لصاحب الرأى أن يعدل عنه بعد ذلك إذا ما تبين له فى غيره وجه الصواب، وفى ذلك يقول عمر (إن الرجوع إلى الحق خير من التمادى فى الباطل). وقد قضى عمر فى حادثة بقضاء فأنفذ، ثم عرضت عليه مثيلتها مرة أخرى، فقضى فيها بقضاء آخر تبين له فيه وجه الصواب، ولما لفته بعض أصحابه إلى ما قضى به أولا قال (ذاك على ماقضينا، وهذا على ما نقضى).

المذاهب المختلفة وترجمة بعض أصحابها

بدأت الدولة الإسلامية فى خلافة عمر تتسع، وذلك بسبب امتداد الفتح؛ فتم فتح الشام والعراق فى السنة السابعة عشرة، وفتحت مصر بعد ذلك بقليل فى سنة (٢٠)، وفتحت فارس عقب ذلك فى السنين التالية، وهكذا تتابعت البلاد والأقطار دخولا فى الدولة الإسلامية، وتبع ذلك تفرق الصحابة وخاصة المفتين منهم، وتوطنهم فى تلك الأقطار، وعندئذ وجدوا فيها من مختلف العادات والمعاملات والنظم ما ليس موجوداً فى بلاد العرب، وعرض عليهم كثير من الحوادث المتولدة من مدنيات وحضارات لا عهد لهم بها، وواجهوا فيها نظما وقوانين لا يعرفونها من قبل، وكان إليهم بحكم الفتح والحكم والسلطان أن

يفصلوا فيمـا يعرض عليهم، وأن يُبدوا آراءهم فيما يواجههـم، وكثير من ذلك لم يعرض فى زمن الرسول، فكان لابد لهم من الاجـتهاد والنظر للوصول إلى الحكم فيـه، مسترشـدين فى ذلك بما يعرفون من كـتاب وسنة، ومتأثرين إلى درجـة ما بالوسط الذى انتقلوا إليه وعاشوا فيه، وإلا جانبوا المصلحة، وأعنتوا الرعية، فكان ذلك مجالا واسعا لخلاف المجتهدين فى القطر الواحد، بله الأقطار المختلفة، وكثر الخلاف بسـبب الحوادث وتنوعهـا وتعدد أماكنها، وحـرص كل مجتـهد على ألا يحمل الناس من غير مـوجب على ما لا يألفون، وأصبحت المراكز الشهيـرة للفتيا فى الأقطار المختلفـة : المدينة، ومكة، والبصرة، والكوفة، والفـسطاط، ودمشق. واستقر فى كل مركز من هذه المراكز بعض الصحابة رضوان اللّه عليهم، وكان لهم فيها أتـباع وتلاميذ درسوا عليهم، وأخـذوا الفقه عنهم،فاتحدوا معـهم فى الوجهة والشِّرب، لا يخـالفونهم فى ذلـك إلا خلافا قليـلا بقدر مـا يقضى به اخـتلاف الطبائع وتفاوت الأفهام واستعداد النفوس.

وقد استـمرت الحال على ذلك إلى منتصف القـرن الرابع، حيث أغلق باب الاجتـهاد والنظر، تجنبـا لفوضى الآراء وانتشـار الفتن بسبب ذلك، وليـحال بين الاجتهاد وبين من يرى نفسه أهلا له وليس هو فى الواقع بأهل.

وفى هذه الحقـبة من الزمن ظهر بعض المجتـهدين، وعنوا بالفقه وتعلـيمه. وقصدهم كثير من الناس طلبا للتعليم والفـتيا، فذاعت آراؤهم وانتشرت فتاويهم، واتبعهم فيها كثير من الـعامة والمتعلمين، وكان لهم من ذلك أتباع ونصراء يؤيدون آراءهم وينشرون أفكـارهم فنسبوا إليـهم، وأصبح ما يعلمـونه الناس مذهبـا ممتازا يعرف باسم صاحبه، فقيل مذهب أبى حنيفة، ومذهب الشافعى، وهكذا.

فـفى الشام ظهـر مذهب الأوزاعى أبى عـمـرو عبـد الرحمن بن مـحمـد الأوزاعى[1]. (ولد سنة ٨٨هـ وتوفى سنة ١٥٧هـ) وكان من رجـال الحديث، ثم اشتهر بالفـقه وانتقل مذهبه إلى الأندلس ولكنه اضمحل أمـام مذهب الشافعى فى

---

(١) الأوزاع لقب مرثد بن زيد أبى بطن من همـدان منهم الإمام عبد الرحـمن بن عمرو الأوزاعى اهـ قاموس.

الشام وأمام مذهب مالك فى الأندلس وذلك فى منتصف القرن الثالث الهجرى. وليس له الآن أتباع فيما نعلم.

وفى بغداد ظهر مذهب أهل الظاهر لأبى سليمان داود بن على الظاهرى، وقد ولد بالكوفة (سنة ٢٠٤هـ)، وتعلم شافعيا، وانتهت إليه رياسة العلم ببغداد، ثم انتحل لنفسه مذهبا خاصا أساسه العمل بظاهر الكتاب والسنة مالم يوجد دليل على خلافه، وقد بقى مذهبه إلى القرن الخامس ثم اضمحل، ولا نعلم له كذلك أتباعا الآن.

وكذلك كان للحسن البصرى بالبصرة (المتوفى سنة ١١٠هـ) وعامر بن شراحيل الشعبى بالكوفة (المتوفى سنة ١٠٤هـ) وسفيان الثورى بالكوفة (المتوفى سنة ١٦١هـ) وغيرهم، مذاهب اعتنقها الناس فى عصرهم وبعد وفاتهم، ولكن لم يتح لها من أسباب الانتشار والبقاء ما أتيح لغيرها من المذاهب فلم تبق طويلا.

أما المذاهب الباقية إلى يومنا هذا فأشهرها سبعة : أحدها لفرقة من الخوارج واثنان منها للشيعة، والأربعة الباقية لجمهور المسلمين. وهى :

١ ـ **مذهب الأباضية**[1] : وهم فرقة من الخوارج يقطنون الآن فى تونس وبعض بلاد الجزائر وفى عمان، ومن أهم كتب هذا المذهب «شرح النيل» لمحمد بن يوسف أطفيش، طبع بالقاهرة فى عشرة مجلدات.

٢ ـ **مذهب الإمامية الاثنى عشرية** : ويمتاز أهل هذا المذهب عن بقية طوائف الشيعة باعترافهم بإمامة موسى الكاظم بن أبى عبد الله جعفر الصادق بن محمد الباقر بن على زين العابدين بن الحسين، وكان إماما محدثا روى عنه مالك وأبو حنيفة وكثير من العلماء، وتوفى سنة ١٨٣هـ وسموا بالإمامية الاثنى عشرية؛ لأن لهم اثنى عشر إماما، أولهم على، وآخرهم محمد المهدى (٢).

---

(١) نسبة إلى رئيسهم عبد الله بن أباض التميمى كانت حياته أيام بنى أمية فى النصف الثانى من القرن الأول الهجرى.

(٢) وهو ابن الحسن العسكرى بن على الهادى بن محمد الجواد بن على الرضا بن موسى الكاظم بن جعفر الصادق، وقد زعم الشيعة الإمامية أنه اختفى بالسرداب فى سامرا سنة ٢٦٠هـ بعد وفاة أبيه وسيظهر آخر الزمان فيملأ الأرض عدلا. وهم الآن فى انتظاره.

٣ ـ **مذهب الزيدية :** وينسبون إلى زيد بن على زين العابدين بن الحسين. وهو الذى خرج على هشام بن عبد الملك، وقتل سنة ١٢١هـ وأتباعه كثيرون فى اليمن. والمؤلفات فيه كثيرة، ومن أشهرها «شرح الفقه الكبير» المسمى بالروض النضير وهو مطبوع بالقاهرة سنة ١٣٤٨هـ، ومذهب الزيدية يلى مذهب الإمامية فى الانتشار وكثرة الأتباع[١].

٤ ـ **مذهب أبى حنيفة :** أبو حنيفة : هو النعمان بن ثابت، قيل : كنى بأبى حنيفة. (وهى الدواة عند أهل العراق)؛ لأنه ما كان يتركها، وقد ولد بالكوفة سنة ٨٠هـ وفيها تفقه وظهر مذهبه، ثم انتقل إلى بغداد، فتوفى بها سنة ١٥٠هـ.

أخذ أبو حنيفة العلم عن حماد بن أبى سليمان[٢]، وأخذه حماد عن إبراهيم النخعى[٣]، وأخذه إبراهيم عن علقمة بن قيس النخعى[٤] تلميذ عبد الله بن مسعود[٥]. أحد أصحاب رسول الله ﷺ.

كان عبد الله من حفظة القرآن ومن العارفين بكثير من السنة، المتصدرين للفتيا فى المدينة. لا يجد حرجا أن يعلن رأيه فى مسألة يسأل عنها ولا يحفظ فيها نصا. ولكن على أن ذلك رأى له[٦]. ولما أرسله عمر بن الخطاب إلى الكوفة وجدها معرضا لكثير من الحوادث التى لم يكن له بها عهد من قبل، فإن فى العراق مدنية وحضارة لا توجدان فى الحجاز، وللمدنية والحضارة أثرهما البعيد فى

---

(١) أما مذهب الإسماعيلية فهو مذهب جماعة ينسبون إلى إسماعيل بن جعفر الصادق بن محمد الباقر بن على زين العابدين بن الحسن. وقد مات صغيرا. وهم فى أكثر عقائدهم يخالفون عقائد المسلمين ولهم بقايا إلى اليوم فى الهند وإيران والشام وجنوب أفريقيا.

(٢) انتهت إلى حماد زعامة الفقهاء فى العراق، ويعده بعض العلماء من المرجئة، وتوفى سنة ١٢٠هـ.

(٣) قال فيه الشعبى : ما ترك بعده أعلم منه. وكان مهيبا، توفى سنة ٩٦هـ.

(٤) أنبل أصحاب ابن مسعود توفى سنة ٦١هـ.

(٥) كان أعلم الصحابة بالقرآن والسنة وسادس المسلمين فى المبادرة إلى الإسلام. توفى بالمدينة سنة ٣٢هـ.

(٦) كما حدث ذلك فى مسألة المفوضة. إذ سئل عن امرأة لم يفرض لها زوجها مهرا، ثم ماتت قبل الدخول بها، فأفتى بأن لها مهر مثلها. وقال (إن ذلك رأيى، فإن يكن خطأ فمنى ومن الشيطان. وإن يكن صوابا فمن الله).

تنوع المعاملات المالية، والارتباطات الاقتصادية والنظم العمرانية المتعلقة بالأمن والرى والزراعة وغيرها، وفى كثرة ما يتولد عن ذلك من الحوادث والوقائع التى تتطلب التوجيه والفصل، ولا سبيل إلى هذا إلا بعرضها على أصول الشريعة وقواعدها العامة، وذلك ما يربى فى الناظر ملكة الاستنباط ويقويها، فلم يأب عبد اللّه أن يخطو فى ذلك خطوات دعت إليها حاجة الناس وضروراتهم، فيسّر ذلك لتلاميذه أن يسيروا فى هذه السبيل شوطا بعيدا، فانتشر الاجتهاد وإعمال الرأى فى العراق، وساعد على ذلك قلة الأحاديث فيه، فسمى علماؤه بأهل الرأى، كما سمى علماء المدينة - فى ذلك الحين - بأهل الحديث؛ لكثرة حفظة الحديث فيهم وضعف ميلهم إلى إعمال الرأى.

وكان أبو حنيفة - لما قدمنا - من أهل الرأى، إماما فى القياس وبارعا فى الاستحسان، فبرع فى الفقه وفى الاستنباط، واشتهر بذلك، وقصده الناس من الأقطار المختلفة لتلقى العلم عنه. وكان يأكل من تجارة الخز، فأفادته ممارسة التجارة تجربة وعلما بالصفق فى الأسواق، وكان متهماً بالتشيع لآل البيت، حتى قال له زُفَرُ مرة: ما أنت بمنته حتى توضع الحبال فى أعناقنا. وكان كثير الصمت، فإذا سئل عن الفقه سال كالوادى. وقد اتصل به كثير من الطلبة، وأخذوا عنه، وعاونوه فى وضع المسائل والإجابة عنها، وعنوا بتدوين مذهبه، فعرفوا بأصحاب أبى حنيفة. ومن أشهرهم :

١ - أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصارى، ولد سنة ١١٣هـ، ولما شب اشتغل برواية الحديث، وتفقه على ابن أبى ليلى[1]، ثم انتقل إلى أبى حنيفة، فكان أكبر تلاميذه وأشهرهم، وهو أول من صنف الكتب فى مذهبه، وأملى المسائل، وقام بنشر المذهب فى أرجاء الدولة العباسية؛ لأنه كان قاضى القضاة فيها، وإليه تولية قضاة الأقطار، وكان لا يولى إلا من أهل مذهبه، وله من الكتب المعروفة الموجودة الآن : «كتاب الخراج»، وتوفى فى عهد الرشيد سنة ١٨٣هـ، وإنما كنى بأبى يوسف؛

(١) هو محمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى. ولى القضاء بالكوفة ثلاثا وثلاثين سنة للأمويين، ثم للعباسيين. توفى سنة ١٤٨هـ.

لأن أحد أولاده كان يسمى يوسف،وهو الذى ولى القضاء فى عهد أبيه فكان قاضى الجانب الغربى من بغداد.

٢ ـ محمد بن الحسن بن فرقد الشيبانى. ولد بواسط بالعراق سنة ١٣٢هـ، ونشأ بالكوفة، ثم سكن بغداد، واشتغل بالحديث، وانتقل إلى الحجاز لأخذ الحديث والعلم، وتتلمذ لأبى حنيفة وأبى يوسف، وعنهما أخذ طريقة أهل العراق، فنبغ فيها، حتى صار المرجع لأهل الرأى فى بغداد، وإليه يرجع تدوين المذهب وحفظه، فقد روى عنه كتب كثيرة : منها ما يسمى بكتب ظاهر الرواية، وهى المبسوط، والجامع الصغير، والجامع الكبير، والزيادات، والسير الصغير، والسير الكبير، وسميت هذه الكتب بذلك؛ لأنها رويت عنه برواية الثقات، بخلاف كتب النوادر، كالهارونيات والجرجانيات والكيسانيات، وهى كتب لمحمد رواها عنه من لم يصل إلى درجة أولئك فى الثقة(١). وتوفى محمد بالرى بفارس سنة ١٨٩هـ.

٣ ـ زُفَر بن الهذيل بن قيس الكوفى. ولد سنة ١١٠هـ، وكان أولا من أهل الحديث ثم غلب عليه الرأى، فكان أقيس أصحاب أبى حنيفة، وقد وصف بعض السلف أصحاب أبى حنيفة، فقال : كان أبو يوسف أتبعهم للحديث، ومحمد أكثرهم تفريعا، وزفر أقيسهم. وتوفى زفر سنة ١٥٨هـ بالبصرة.

٤ ـ الحسن بن زياد اللؤلؤى الكوفى. تتلمذ لأبى حنيفة، ثم لأبى يوسف، ثم لمحمد، وصنف فى المذهب كثيرا من الكتب، ولكن كتبه وآراءه لم تكن فى منزلة كتب محمد وآرائه، وكان أشهر أصحاب أبى حنيفة وأبرعهم فى تفريع المسائل التى للحساب فيها شأن لشدة ذكائه، وتوقد قريحته. وتوفى سنة ٢٠٤هـ.

---

(١) راجع رسالة عقود رسم المفتى.

والثلاثة الأولون : هم الذين نشروا مذهب أبى حنيفة وتلقاه الناس عنهم، وكان لهم الفضل الأعظم فى وضع مسائله والإجابة عنها، وما كانوا مقلدين لأبى حنيفة بل كانوا مجتهدين مثله وكثيرا ما خالفوه، ولذا تجد كتب الحنفية مشحونة بآرائهم مليئة بأدلتهم[1]. وما كانت نسبتهم إلى أبى حنيفة إلا كنسبة التلميذ إلى أستاذه. وليس المذهب فى الواقع إلا مجموع آرائهم جميعًا، وإنما نسب إلى أبى حنيفة لأنه أستاذهم. أما الحسن بن زياد فكانت منزلته دون منزلتهم[2].

والحنفية منتشرون الآن فى الهند والصين وبلاد الترك والعراق والشام ومصر وما وراء النهر (التركستان) وغيرها.

٦ - **مذهب مالك بن أنس** : الإمام مالك هو أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحى إمام دار الهجرة، وأجل علمائها، ولد بالمدينة سنة ٩٣هـ وعاش بها، وفيها تعلم ولم يرحل عنها إلا إلى مكة لأجل الحج، توفى بالمدينة ودفن بها سنة ١٧٩هـ.

أخذ مالك الحديث والعلم عن علماء المدينة، كعبد الرحمن بن هرمز[3]. ونافع[4] مولى ابن عمر، والزهرى[5]. وربيعة الرأى[6]. وغيرهم، وما زال يدأب فى حفظ الحديث وتعلم العلم حتى صار محدثا حافظا وفقيها بارعا، فجلس يحدث ويعلم فى مسجد الرسول، وأخذ عنه كثير من العلماء منهم : أبويوسف

---

(١) وتعنى كتب الخلاف بنسبة كل رأى إلى صاحبه، فيقال فيها : هذا رأى الأئمة، ويراد بهم أبو حنيفة وأبويوسف ومحمد. وهذا رأى الشيخين، ويراد بهما أبو حنيفة وأبو يوسف؛ لأنهما شيخا محمد. وهذا رأى يوسف يتوسطهما فى السن، وهذا رأى الصاحبين ويراد بهما أبو يوسف ومحمد، لأنهما صاحبا أبى حنيفة.

(٢) قسم الحنفية مسائل الفقه ثلاث طبقات : **الطبقة الأولى** : مسائل الأصول وهى ما جاءت فى كتب ظاهر الرواية التى اشرنا إليها. **الطبقة الثانية** : مسائل النوادر، وهى ما جاءت فى كتب النوادر التى أشرنا إليها، أو فى كتاب المجرد للحسن بن زياد. **الطبقة الثالثة** : الفتاوى والواقعات وهى المسائل التى عرضبا بعض متقدمى الحنفية واستنبطوا حكمها، مما ليس فيه رواية عن أبى حنيفة وأصحابه، ومن الكتب التى عنيت بهذه المسائل : كتاب النوازل للفقيه أبى الليث نصر بن محمد السمرقندى المتوفى سنة ٣٩٣هـ.

(٣) ويلقب بالأعرج روى عن أبى هريرة وأبى سعيد، وهو شيخ الزهرى وأبى الزبير وغيرهما. توفى بالإسكندرية سنة ١١٧هـ.

(٤) نافع العدوى مولى ابن عمر روى عنه وعن أبى لبابة وأبى هريرة وعائشة توفى سنة ١٢٠هـ. قال البخارى : أصح الأسانيد : مالك عن نافع عن ابن عمر.

(٥) هو محمد بن مسلم المعروف بابن شهاب الزهرى ولد سنة ٥٠هـ، وروى عن ابن عمر وأنس وسعيد ابن المسيب، وكان مؤدبا لولد هشام بن عبد الملك. توفى سنة ١٢٤هـ.

(٦) هو ربيعة بن أبى عبد الرحمن. روى عن أنس بن مالك، وكان فقيها مجتهدا بصيرا بالرأى، ولذا لقب بربيعة الرأى : توفى سنة ١٣٦هـ.

ومحمد بن الحسن والشافعى وغيرهم. وقد أجمع الناس على أنه إمام فى الحديث موثوق بصحة روايته. وله من الكتب التى بأيدينا : الموطأ فى الحديث[1]. ومن أشهر تلاميذه الذين تفقهوا عليه وأخذوا عنه مذهبه : عبد الله بن وهب[2]. وعبد الرحمن بن القاسم[3].، وقد قاما بتدوين مذهبه مع غيرهما من أصحابه، ونقلوه إلى الأمصار، وأخذ ينتشر حتى غلب على مصر وأفريقيا والمغرب الأقصى والأندلس، وظهر فى البصرة وبغداد، وإن ضعف أمره فيهما بعد ذلك، وهو الآن فى طرابلس وتونس والجزائر ومراكش وصعيد مصر والسودان وغرب الدلتا، ويوجد فى الكويت وبلاد البحرين والمدينة المنورة.

٧- مذهب الشافعى :الشافعى هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس ابن عثمان بن شافع المطلبى من بنى المطلب بن عبد مناف (الأب الرابع لرسول الله ﷺ).

ولد الشافعى بغزة سنة ١٥٠هـ وتوفى أبوه عقب ولادته، فحملته أمه بعد سنتين من مولده إلى مكة، فنشأ بها يتيما فقيرًا، حتى لقد كان معلمه يرضى من أمه أن يخلفه الشافعى فى مكتبه إذا غاب، نظير ما يستحق عليها من أجر تعليمه، فلما شب انتقل إلى هذيل بالبادية، فتعلم اللغة والشعر وفنون الأدب، ثم عاد فلزم المسجد الحرام، وفيه أخذ علوم القرآن والحديث والفقه، فكان فى كل ذلك موضع إعجاب معلميه.

ولما حفظ الموطأ رحل إلى المدينة، فلقى مالكا وقرأه عليه وأخذ عنه فقهه، كما رحل بعد ذلك إلى العراق أكثر من مرة، فلقى فيه من أصحاب أبى حنيفة محمدًا فأخذ عنه وعن أهل الحديث فيه. وفى العراق علم الناس مذهبه الأول أو القديم.

---

(١) أما المدونة فهى مسائل فقهية جمعها أسد بن الفرات (توفى سنة ٢١٣هـ) على نسق ما كان يفعل الحنفية. ثم أخذ حكمها عن المصريين من أصحاب مالك، وبخاصة ابن القاسم، ثم رحل بها إلى القيروان، فأخذها عنه سحنون (توفى سنة ٢٤٠هـ) وعاد بها إلى مصر سنة ١٨٨هـ، فعرضها مرة أخرى على ابن القاسم فأصلح فيها، ولما تم له ذلك رتبها وبوبها ودعم مسائلها بالأدلة الشرعية ورجع بها إلى القيروان، فنشرها فيها، فانتشرت فى بلاد المغرب وفى الأندلس.

(٢) يكنى بأبى محمد. روى عن مالك والليث بن سعد وسفيان بن عيينه والثورى، وكان مالك يلقبه فقيه مصر، وهو أعلم أصحاب مالك بالسنن والآثار، ولد سنة ١٢٥هـ وتوفى بمصر سنة ١٩٧هـ.

(٣) ويكنى بأبى عبد الله. روى عن مالك والليث وغيرهما، وكان أعلم الناس برأى مالك وآمنهم عليه. فى بمصر سنة ١٩١هـ.

وكـذلك رحل إلى بلاد فارس وإلـى اليمن، فـاكـتسب من هذه الرحـلات معرفة بشئون الناس وتجارب الحياة وعلما بسنن رسول الله ﷺ.

وعاد بعد ذلك إلى مكة وفيها تفـرغ لنشر آرائه، فتلقاها عنه بعض الوافدين إليهـا لأجل الحج، ثم عاد إلى الـعراق سنة ١٩٨هـ ومنهـا توجه إلى مصـر سنة ١٩٩هـ فأقام بها حتى توفى ودفن فى دار بنى الحكم ٢٠٤هـ.

وفى مصر أملى على الناس مذهبه الجديد وهو المذهب المعروف الآن.

قال ابن حجر[1]. (انتهت رياسة الفقـه فى المدينة إلى مالك بن أنس، وقد رحل الشافعى إليـه وأخذ عنه ولازمه حتى توفى. وانتهت رياسة الفـقه فى العراق إلى أبى حنيفـة، وقد رحل الشافعى إلى العـراق وأخذ عن أصحابه، فـاجتمع له علم أهل الرأى وعلم أهل الحديث فتصرف فى ذلك وتوسط، حتى أصّل الأصول وقعد القواعد، وأذعن له الموافق والمخالف واشـتهر أمره وعلا ذكره، وارتفع قدره حتى صار منه ما صار).

وفى الحق أن ثقافة الشافعى فى اللغة والأدب كانت واسعة ومعرفته بالحديث كانت شاملة، وإحاطته بالفقه كانت مستوعبة. رحل فى طلب الحديث والعلم إلى بلاد كثيـرة وأحاط بما كان لدى العراقـيين والحجازيين من حـديث وفقه، وباحث أهل الرأى ومرن علـى استنباطهم وحـذق فى تفريعـاتهم، وأفادته ظروف حـياته ورحلاته ومشاهداته لحياة البدو فى البادية، وحياة أهل الحضر فى الحجاز واليمن، ثم العراق ومـصر ومايحويان من أنماط مـختلفة ونظم متـغيرة متـعددة، أفاده كل هؤلاء ثقافة اجتمـاعية وعلما واسعا بأحوال الناس وعاداتهم وبـيئاتهم، وكان لهذا أثر بين فى اجتهاده وفى تكوين آرائه.

كان الشافعى فى أول أمره تلميـذا لمالك، فكان من أتباعه، ومتأثرا إلى حد كبير بآرائه، وتابعـا له فى كثير من مبادئه، فلما رحل إلى العـراق ورأى فيه مالم يكن يراه فى الحجـاز تغيـرت بعض آرائه، وتكون له مذهب، علمـه هناك وأملاه على أصحابه، ولما رحل إلى مـصر سنة ١٩٩هـ، ورأى فيها غيـر ما كان يرى فى العراق تأثر بذلك أيضا فغير من آرائه، وكون من مجموع ما رأى فى حياته مذهبه المصرى المعروف بالمذهب الجديد، وهو منتشر الآن بدلتا مصر وفى بلاد اليمن وفى

---

(١) هو شهـاب الدين أحمـد بن على بن محمـد بن حجر الـعسقـلانى الشافعى نزيل الـقاهرة ومن جلة علمائها وفضـاتها، وأكثرهم تأليفا، وتوفى بها سـنة ٨٥٢هـ.

بلاد الملايو (جزر الهند الشرقية) ويوجد كثير من أتباعه فى الحجاز وسوريا وفلسطين.

ومن آثار الشافعى : «كتاب الأم» رواه عنه الربيع بن سليمان المرادى[1] من أصحابه، و«الرسالة فى أصول الفقه»، وهى من رواية الربيع كذلك، وكلاهما مطبوع بمصر، ويباعان فى أسواقها، وهما يدلان على علم واسع ومعرفة مكينة بتفسير كتاب الله وإحاطة واسعة بسنة رسول الله، ودربة تامة بطرق البحث والاستدلال والغلبة بالحجة.

٨ ـ مذهب أحمد بن حنبل : هو الإمام أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، وهو عربى الأصل من بنى شيبان، قيل : إنه ولد بمرو (من بلاد فارس) سنة ١٦٤هـ وقيل جاءت أمه إلى بغداد حاملا، فولدته بها فى هذه السنة. وكانت نشأته ببغداد. ثم رحل إلى الكوفة والبصرة ومكة والمدينة والشام واليمن فى سبيل جمع الحديث وحفظه، وتتلمذ للشافعى حين كان بالعراق وأخذ الفقه عنه، ولذا يعده كثير من الشافعية شافعيا، والواقع أنه ذو مذهب مستقل، وقد برع فى الحديث حتى لقب بإمام أهل السنة، وله كثير من المؤلفات، أشهرها مسنده الكبير فى الحديث، وهو أعظم المسانيد وأحسنها وضعا وأصحها جمعا، انتقاه من سبعمائة وخمسين ألف حديث أو تزيد، وقد طبع بمصر فى ستة مجلدات، ويحتوى على نيف وأربعين ألف حديث. ولنبوغه فى الحديث ودرايته به غلب عليه، حتى لقد اختلف العلماء فى عده من الفقهاء، فابن جرير الطبرى[2]. فى كتاب (المعارف) لم يعد مذهبه فى المذاهب الفقهية، والمقدسى[3]. فى (أحسن التقاسيم) عده من المحدثين ولم يذكره فى الفقهاء. والحق أنه كان سباقا فى الناحيتين، وأنه كان من كبار الفقهاء، كما كان من عظماء المحدثين، يتبين ذلك جليا لكل من يطلع على مذهبه، وما روى عنه فى المسائل الفقهية من آراء وأحكام.

---

(١) ولد الربيع سنة ١٧٤هـ، وحين قدم الشافعى مصر سنة ١٩٩هـ، كان الربيع مؤذنا بالمسجد الجامع بالفسطاط (مسجد عمرو) وتوفى سنة ٢٧٠هـ.

(٢) هو محمد بن جرير الطبرى شيخ المفسرين، وإمام الحديث فى وقته. وكان مجتهدا. توفى سنة ٣١٠ هجرية.

(٣) هو محمد بن أبى بكر من علماء القرن الرابع، ألف كتابه أحسن التقاسيم بعد رحلة طويلة.

ويعتنق هذا المذهب أكثر النجديين الذين يقطنون نجدا وينتشرون الآن فى الحجاز والأحساء[1]. ، وبقية الولايات الشرقية بشبه جزيرة العرب كقطر[2]. وعمان والبحرين[3]. ، ويوجد كذلك فى سوريا ومصر وفلسطين. وهو أقل المذاهب الأربعة انتشاراً، إذ لم يتح له من الظروف السياسية ما أتيح لغيره من المذاهب الأخرى. فلم تكن السياسة عاملا فى نشره، كما كان لها هذا الأثر فى غيره، وتوفى أحمد ببغداد ودفن بها سنة ٢٤١ هجرية.

الجمع بين المذاهب فى العمل

وعلى الجملة فقد أصبحت هذه المذاهب الأربعة مذاهب الجمهور الإسلامى فى جميع الأقطار، وقف عند أتباعها ونبذ ما عداها، وجافى من تعبد بغيرها، حتى لقد ذهب بعض المتأخرين إلى ما هو أبعد من ذلك فأفتوا بوجوب تقليد أصحابها دون سواهم، ولم يكن ذلك معروفا فى عهد الأئمة، ولم يجتهدوا ليحملوا الناس على تقليدهم، وما كان الناس إلا أحراراً فى تقليد من يشاءون إذا لم يستطيعوا الوصول إلى الحكم بنظرهم.

ذلك ما كان عليه أصحاب رسول الله ﷺ، يتصدى منهم للاجتهاد والفتيا من يرى نفسه أهلا لهما، ويتجنبها من يرى نفسه عاجزا عنهما، وعند ذلك يستفتى من يشاء، ويقلد من يشاء، لا يتقيد بمجتهد معين.

وقد علمت أن باب الاجتهاد قد أقفل منعًا لكثرة الخلاف وقضاءً على الفوضى فى الأحكام. ورأى بعض العلماء مع ذلك أن يقصر الناس على تقليد إمام من الأئمة الأربعة لما امتازت به مذاهبهم من العناية بالتدوين والدقة فى النقل والحرص على المحافظة عليها، مما لم يكن لغيرها من المذاهب التى اضمحلت، ولم يبق منها إلا ما يذكر فى كتب الخلاف للبحث والمقارنة والموازنة لا للدرس والمعرفة. فكان من الميسور أن يقلد إمام من الأئمة الأربعة مع الاطمئنان إلى قوله وصحة نسبته إليه، دون أن يتوافر ذلك فى تقليد إمام آخر من غيرهم، فلم يجز

---

(١) الأحساء إحدى الولايات الشرقية للمملكة العربية السعودية على الخليج جنوب الكويت. وهى من أكثر البقاع إخراجا لزيت البترول.

(٢) قطر شبه جزيرة فى الخليج بين الأحساء وعمان.

(٣) جزيرة فى الخليج شرقى الأحساء.

لذلك تقليد سواهم، على أن ذلك إن ساغ قبوله فى بعض الأحوال، فلن يصح فى بعضها الآخر، كما لا يصح أن يجعل سببا فى قصر الإنسان على تقليد واحد معين منهم، دون أن يكون له الخيرة فى أن يقلد من شاء منهم متى شاء، إذا ما اطمأن قلبه إلى ذلك، وليس خلاف بعضهم مع بعض بأبعد أثرًا ولا أشد تجافيا مما كان من خلاف بين أحدهم وبين أصحابه، كأبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد، فإذا جاز أن يعد مجموع آراء هؤلاء الثلاثة مذهبًا، فلم لا يجوز أن يعد ما نقل عن جميع الأئمة من الآراء مذهبًا واحدًا كذلك، يتبين منه حكم اللّه فى المسائل المختلفة، بحسب ما يفهم كل مجتهد؟

ذلك ما أراه حقا. وذلك ما يجب أن تبنى عليه دراسة الأحكام الفقهية فى المعاهد المختلفة، حتى يتبين ما لعلماء الإسلام من بحوث، ويتكشف ما كان لهم من نظر، وحتى لا يغيب عن طالب الفقه ذلك التراث المجيد، وما يحويه من أنظار واتجاهات فى شرعه، لم يصل إليها الشرع الوضعى فى هذه الأيام على تعدد نظرياته وتنوع بحوثه.

* * *

خلاصة المقدمة

الشريعة الإسلامية :

ما شرعه الله لعباده من الأحكام. فما كان الغرض منها بيان العقيدة الإسلامية سميت بعلم الكلام، وما كان الغرض منها تهذيب النفوس سميت بعلم الأخلاق، وماكان الغرض منها تدبير شئون الناس وتنظيم روابطهم سميت بعلم الفقه.

وجميعها من شرع الله تعالى، سواء أكان ذلك شرعا جديدا أم إقرارًا لعرف قائم، قال تعالى : ﴿إن الحكم إلا لله﴾ وليس للرسول عليه الصلاة والسلام فيها إلا الإبلاغ والبيان، وطريقه إلى ذلك : تبليغ ما نزل عليه من القرآن، ثم بيانه للناس بقوله وفعله وإقراره. وهذا ما يعبر عنه بالسنة.

وبوفاته ﷺ تم وضع الشريعة، وليس على الناس بعد ذلك إلا تطبيقها، وقد بين لهم النبى الطريق إلى ذلك فى حديث معاذ بن جبل حين ولاه القضاء فى اليمن. فقد قال له : «بم تقضى؟» قال : بكتاب الله. قال «فإن لم تجد؟» قال : أقضى بسنة رسول الله. قال «فإن لم تجد؟» قال معاذ : فبرأيى. قال عليه السلام: «الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله إلى ما يرضى اللّٰه».

وعلى هذه الطريقة : كان قضاء أبى بكر وعمر ومن جاء بعدهما. فكانوا يرجعون إلى كتاب اللّٰه، فإن لم يجدوا رجعوا إلى سنة رسول اللّٰه، فإن لم يجدوا نظروا واجتهدوا. فإن اجتمعوا على رأى فذلك الإجماع، والحكم حينئذ ما اجتمعوا عليه. ولا يجوز مخالفته، وإن اختلفوا فلكل منهم رأيه والحكم الذى ذهب إليه، وعليه حينئذ أن يتبعه، ولا يلزم به غيره إلا إذا رآه، فإذا كان ذلك الحكم نتيجة لإلحاق أمر بآخر يماثله ويشترك معه فى علته فذلك هو الحكم بناء على القياس، وإن كان نتيجة العمل بالأصول العامة وبروح التشريع فذلك هو الحكم بناء على مجرد النظر والاجتهاد. ومن ثم كانت دلائل الأحكام فى عهد الرسول : الكتاب والسنة، ومن بعده صارت : الكتاب والسنة والإجماع والقياس أو النظر.

وقد حافظ الصحابة على القرآن فدونوه جميعا فى صحائفهم، وحفظوه كله فى صدورهم، ولم يفعلوا ذلك بالسنة خشية أن تختلط بالقرآن، فكانت موزعة بينهم يعرف بعضهم منها مالم يعرف الآخر، ومنهم المقل ومنهم المكثر. وكان اختلافهم فى حفظها ومعرفتها واختلاف العلماء فى طريق الاستيثاق من صحتها - سببا للاختلاف فيما أخذوه عنها من الأحكام، كما كان النظر فيها وفى القرآن بعد وفاة الرسول لاستنباط الأحكام منهما سببا أيضا فى مثل هذا الخلاف، وذلك لتفاوت الناس فى أفهامهم ومداركهم وطبائعهم.

وقد اتسع هذا الخلاف وامتد بامتداد الفتوح واتساع البلاد ودخول أمم مختلفة العادات والأفكار فى الدين الإسلامى. وظهر فى ذلك الزمن كثير من المجتهدين الذى عنوا بالفقه وتعليمه، فكان لكل منهم بسبب ذلك مذهب خاص ينسب إليه، اتبعه كثير من العامة والمتعلمين الذين أيدوه ونشروه، ومن هذه المذاهب مالم يتح له عوامل البقاء والانتشار فاضمحل ودرس، كمذهب الأوزاعى بالشام، ومذهب الظاهرية ببغداد، ومذهب الحسن البصرى بالبصرة، ومنها ما بقى إلى اليوم، كمذهب أبى حنيفة (٨٠ - ١٥٠) ومذهب مالك (٩٣ - ١٧٩) ومذهب الشافعى (١٥٠ - ٢٠٤) ومذهب أحمد بن حنبل (١٦٤ - ٢٤١) ومذهب الزيدية فى اليمن والإمامية فى إيران والعراق، والأخيران من مذاهب الشيعة.

وليس الخلاف بين هذه المذاهب خلافا على الأصول والمبادئ ولكنه خلاف فى الفهم وطريقة التطبيق.

ولما كان القصد إلى دراسة المعاملات المالية وكان محلها المال وأساسها الملك والعقد، كان كتابنا فى التعريف بالمال وفى بيان الملك والعقود المالية، وسيكون الأساس بيان مذهب الحنفية. فإذا وجدنا حاجة إلى بيان غيره ذكرناه مع نسبته إلى صاحبه.

* * *

باب المــال

المال: يذكر ويـؤنث، فيقـال هذا المال وهذه المال، كـما فى المصـباح. وفى القاموس : المال ما ملكته من كل شىء، وإذن فهو يشمل جميع ما تملكه من ذهب وفضة وحيـوان ونبات وأرض ومنفعة[1]، ولا يتناول ما فى الـبحر من الأسـماك، وما فى الفـلاة من صيد، ومـا فى الغابات من أشجار وثـمار ونبات؛ لأنها غـير مملوكة.

والمال فى اصطلاح الشرعيـين : كل ما يمكن حيازته وإحـرازه والانتفاع به انتفـاعا عاديًّا، وعـلى ذلك لا يعد الشىء مالاً عندهـم إلا إذا توافر فيـه أمران : إمكان إحرازه، وإمكان الانتفاع به انتفاعا عاديا سواء أكان محرزا ومنتفعا به فعلاً، كجـميع الأشياء التى تملكهـا من أرض ومتاع وحيـوان ونقود، أم غير مـحرز ولا منتفع به، ولكن من الممكن أن يتحقق فيه ذلك، كـجميع المباح من الأعيان، مثل السـمك فى البحر، والطير فى الجو، والصـيد فى الفلوات، والشجر فى الغابات، إذ من الممكن أن يحاز كل ذلك وينتفع به.

أما ما لا يمكن حيازته فلا يعد مالاً وإن انتفع به، كالشرف والصحة والذكاء والعلم وضوء الشمس وحرارتها، وكذلك مـا يمكن حيازته دون أن يكون الانتفاع العادى به ممكـنا، كحفنة من تراب وقـطرة من ماء ونملة، فلا يعـد شىء من ذلك مالا، وإن أحرز فـعلا. ولذا تزول عن المال ماليته إذا قل حـتى صار إلى حالة لا ينتفع بها انتفاعا عاديا، كحبة من أرز، لعدم إمكان الانتفاع بها وحدها عادة.

وهذا البيان قـريب من بيان بعض العلماء له كصاحب الكشف الكبـير، فقد ذكر أن المال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة إليه، وأن المالية تثبت بتمول الناس أو بعضهم، أى باتخاذهم الشىء مالا، فإن الناس لا يميلون بطبعهم ولا يدخرون إلا ما يمكنهم إحـرازه والانتفاع به، ولم يتمولوا من الأشـياء إلا ما توافر فيه ذلك.

---

(١) وهل يشمل الحقوق أيضا بناء على أنها مملوكة ؟ مقتضى الإطلاق ذلك، فلينظر.

ومن هذا يظهر أن الخمر تعد من الأموال لإمكان حيازتها والانتفاع بها[١]، ولأن بعض الناس كالذميين قد تمولوها، ومثلها في ذلك الخنزير والمنخنقة والموقوذة ونحوهما[٢]، هذا وقد يمنع الشارع الناس جميعا من أن ينتفعوا بعين من الأعيان وعندئذ لا تعد من الأموال لعدم إمكان الانتفاع بها مع حظر الشارع ومنعه الناس من أن يتمولوها. وذلك كالميتة حتف أنفها[٣]؛ فلا يعد لحمها ولا شحمها ولا ما تجرى فيه الحياة من أجزائها من الأموال. أما أجزاؤها الأخرى، كالعظم والشعر والصوف، فإنها تعد من الأموال؛ لأن الشارع أجاز الانتفاع بها بعد تطهيرها[٤]؛ وكذلك الإهاب؛ لأن السنة قد جاءت بجواز الانتفاع به بعد دبغه[٥].

ومما تقدم يتبين أن العبد مال لأنه يحرز وينتفع بخدمته[٦]. وأن الحر ليس بمال لأنه لا يجوز شرعا إحرازه للانتفاع، وإن جاز استئجاره لينتفع به.

هل المنفعة من المال؟ ـ ومقتضى هذا التعريف : أن المال لا يكون إلا مادة حتى يتأتى إحرازه وحيازته، ويترتب على ذلك : أن منافع الأعيان، كسكنى المنازل، وركوب السيارات ولبس الثياب لا تعد مالا، وكذا حقوق الإنسان.

أما المنافع فإنها ـ وإن أمكن الانتفاع بها ـ لا يمكن حيازتها؛ لأنها أعراض تتجدد بتجدد أوقاتها، وتحدث آنا فآنا باكتسابها، وعمل مبتغيها وطلبه، فإذا ما

---

(١) فإن الذمي ينتفع بها في بلاد الإسلام ولا يتعرض له في ذلك. ويجوز لمن أسلم وهو يملك خمرًا أن يوكل ذميا ببيعها له عند أبي حنيفة.

(٢) راجع الهداية ورد المحتار. والبحر من كتاب البيع.

(٣) الحتف : الهلاك. ومعنى مات حتف أنفه : أنه مات على فراشه متنفسا من أنفه، أي انقضى رمقه على هذه الحال، من غير ضرب أو قتل أو حرق، ولذا خص الأنف من بين سائر الأعضاء.

(٤) وذهب بعض العلماء إلى أن الميتة بجميع أجزائها نجسة لا تقبل الطهارة، ولا يجوز الانتفاع بشيء منها، فلا يكون شيء منها مالا.

(٥) وإذا أردت في ذلك تفصيلا وبيانا أعم فارجع إلى هذا الموضوع في الجزء الأول من كتابنا فقه القرآن والسنة.

(٦) وفي البحر عن الحاوي القدسي : أن المال اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الناس، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار، والعبد ـ وإن كان فيه معنى المالية ـ ليس بمال حقيقة، حتى لا يجوز لمالكه قتله ولا إهلاكه ولا إعناته اهـ بتصرف.

ولكن يلاحظ على هذا التفريع أنه غير وجيه؛ لأن التصرف في المال على العموم مقيد بالصلاحية وعدم خروج عن الحدود الشرعية.

انتفعت بسكنى منزل فإنما تحدث المنفعة بنزولك فيه وشغلك إياه، وسكناه فى يوم معين غير سكناه فى يوم آخر، بل إن سكناه فى ساعة معينة غير سكناه فى ساعة أخرى. وإذا ما أردت القراءة فى كتاب فلا توجد إلا إذا فتحت الكتاب ونظرت فيه، وتكون قراءتك فيه عند ذلك غير قراءتك فيه بعد هذا الوقت، لاختلاف المقروء واختلاف الوقت، وهكذا ترى أن منافع الأعيان أعراض تحدث ساعة فساعة عند طلبها واكتسابها، وإنها قبل الطلب والاكتساب معدومة لاوجود لها فى عالم الأعيان، وإذا وجدت فقد وجدت لتفنى حال وجودها، وإذا كانت كذلك لم يمكن حيازتها ولا إحرازها، فلا تكون مالا؛ لأن المال كما تقدم ما يمكن حيازته، وهذا مذهب الحنفية[1].

وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة إلى أن المنافع أموال، وليس بلازم فى المال أن يحرز ويحاز بنفسه، بل يكفى أن يحاز بحيازة أصله ومصدره، ولا شك أن المنافع تحاز بحيازة محالها ومصادرها، فإن من يحوز سيارة يمنع غيره أن ينتفع بها إلا بإذنه وهكذا، فإذا ما وسعنا معنى الحيازة والإحراز، فجعلناه أعم من أن يكون مباشرة أو بالواسطة كان التعريف شاملا المنافع؛ لأنها ممكنة الحيازة بإحراز أصلها، وكذلك ينتفع بها. وبذلك نستغنى عن أن نعرِّف المال تعريفا آخر مثل : مايجرى فيه البذل والمنع.

واعتبار المنافع من الأموال هو أوجه الرأيين؛ لأنه المتفق مع عرف الناس والمتسق مع أغراضهم ومعاملاتهم، فهم لا يبتغون الأعيان إلا طلبا لمنافعها، ولأجلها يستعيضونها بالنفيس من أموالهم، ومالا منفعة له لا رغبة فيه ولا طلب له، وإذا طلب عد طالبه من الحمقى والسفهاء، وربما حجر عليه، ولذا كان فى المنافع مجال واسع لمعاملتهم المالية، وليس أدل على ذلك من إقامة الخانات والفنادق، والحوانيت، والأسواق، وبناء دور السكنى، وإنشاء السكك الحديدية، وبناء البواخر، وما إلى ذلك مما هو معد للاستغلال بالاستعاضة عن منافعه، ولذا

---

(١) يلاحظ أن الأساس فى موضوع هذا الكتاب : هو بيان مذهب الحنفية، وعليه إذا لم ننسب الحكم إلى مذهب معين، كان هذا الحكم للحنفية.

جاز أن يعتاض عن المنافع بالمال، كما فى الإجارة، وأن تكون مهرا. وقد جعله الله من الأموال لقوله تعالى (٢٣ : ٤) ﴿**وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين**﴾، أى أحل الله لكم أن تطلبوا بأموالكم زوجات لكم محصنين أنفسكم غير زانين ممن لم يحرمه عليكم من النساء فى الآيات السابقة.

وثمرة هذا الخلاف تظهر فى أحكام كثيرة، من أحكام الإجارة والغصب وغيرهما، وسيمر علينا فيما يأتى كثير منها. ومن هذه الأحكام : تضمين الغاصب قيمة ما انتفع به من منافع المال المغصوب، ولا يرى الحنفية أن يضمن؛ لأنه لم يستهلك بانتفاعه مالا، إذ المنافع ليست أموالا؛ ويرى الشافعية أن يضمن قيمة ما انتفع؛ لأنه انتفع بمال، وقد استثنى الحنفية من هذا الحكم : الموقوف، ومال اليتيم، والأعيان المعدة للاستغلال[1]. ولا شك أن ذلك الاستثناء نتيجة شعورهم بما فى رأيهم من مجافاة لما يجب لليتيم وما فى حكمه من إصلاح، وإذن فماذا كان يمنعهم أن يقولوا : إن المنافع من الأموال، فيعم هذا الإصلاح جميع الناس. ولم يأت كتاب ولا سنة بأن المنفعة ليست بمال.

وقد أخذ التشريع الوضعى برأى الشافعية فاعتبر المنافع من الأموال. كما اعتبر حقوق المؤلفين وشهادات الاختراع وغير ذلك من عناصر الذمة الإيجابية مالا. فكان المال فيه أعم من المال عند الفقهاء.

وأما الحقوق[2]. فلا تعدو فى الواقع أن تكون منفعة يقرها الشارع لفرد أو

---

(١) تعتبر العين معدة للاستغلال إذا أوجدها مالكها أو تملكها لهذا الغرض، كدار يبنيها ليؤجرها أو سيارة يشتريها لذلك، وكذلك تعتبر معدة للاستغلال إذا أجرها مالكها ثلاث سنين متوالية أو أعلن فى الناس أنه قد أعدها للاستغلال، ويبطل إعداد العين للاستغلال بموت مالكها وببيعه إياها (راجع رد المحتار ج ٥ ص ٥٨ من كتاب الإجارة طبعة الحلبى).

(٢) الحقوق جمع مفرده حق. وللحق فى اللغة معان كثيرة منها : أنه اسم من أسماء الله تعالى، وأنه خلاف الباطل، وهو الأمر المقضى، وهو المال، والملك، والموجود الثابت، وهو كذلك مصدر حق الشىء يحق، من باب ضرب وقتل إذا وجب وثبت، ومن هذا قيل لمرافق الدار : حقوقها، وهو أيضا مصدر حققت الأمر أحقه إذا أوجبته أو جعلته ثابتا أو تيقنته. ومن هذا يتبين لنا أنه فى استعمالاته المختلفة يفيد الوجود والثبوت، وذلك دليل أنه أصل معناه، وإذن فهو على الجملة الأمر الموجود الثابت.

ولا يختلف استعماله عند الفقهاء عن استعماله اللغوى، فهم يستعملونه دائما فيما ثبت لإنسان بمقتضى =

= الشرع من أجل صالحه. كما يستعمله علماء القانون فيما ثبت له من فائدة أو مصلحة بطريق القانون. ولذا يطلق فى الفقه الإسلامى على كل عين أو مصلحة تكون لك بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها، أو منعها عن غيرك، أو بذلها له فى بعض الأحيان، أو التنازل عنها كذلك، فيطلق على الأعيان المملوكة، فتقول : هذا الكتاب حقى، ويطلق على الملك نفسه، فتقول : ملكية هذا الكتاب حق من حقوقى، ويطلق على المنافع أو المصالح على وجه عام، فتقول : سكنى هذه الدار حق للموصى له بمنفعتها، وطلب اليمين من المدعى عليه حق للمدعى، والحضانة حق للأم، والولاية على النفس وعلى المال حق للأب، والشفعة حق للشريك، ولفلان حق المرور فى هذا الطريق، أو حق العلو على هذا البناء وهكذا. وقد يستعمله الفقهاء مع ذلك فى مقابلة الأعيان والمنافع المملوكة، وعند ذلك لا يريدون به ذلك المعنى العام الذى سبق بيانه، وإنما يريدون به تلك المصالح الاعتبارية الشرعية التى لا وجود لها إلا باعتبار الشارع وفرضه كحق الشفعة، وحق الخيار، وحق الدين قبل المدين، وحق الكفاءة فى الزواج، وحق الطلاق، وحق القصاص، وحق الحضانة والولاية وما إلى ذلك.

وهو بهذا المعنى ينقسم عند الحنفية إلى : حق مجرد وحق غير مجرد. فالمجرد ما كان غير متقرر فى محله، ومعنى ذلك : أنه لا يترتب على تعلقه بمحله أثر قائم لا يزول إلا بالتنازل عنه، بل مرجعه إلى رغبة مالكه ومشيئته. إن رأى الخير فى الانتفاع به انتفع وإن رأى غير ذلك ترك، دون أن يترتب على تركه والتنازل عنه تغير فى حكم ذلك المحل، وذلك كحق الشفعة، فإنه فى الحقيقة نوع من الولاية أعطيت للشفيع فى أن يتملك العقار بعد أن يتملكه المشترى، وملكية المشترى لهذا العقار قبل التنازل عن الشفعة هى بعينها بعد التنازل عنها، وإذن فلا تعلق له بالبيع إلا على هذا الوجه، ولا يرى للشفيع فيه حق مستقر يحد من تصرف المشترى فيه وانتفاعه به، فحاله بعد التنازل عن الشفعة هى حاله قبل التنازل عنها، وكذلك الحال فى حق المرور بالنسبة للطريق. وحق الدين بالنسبة للدائن، وحق الولاية على المال بالنسبة للمال وهكذا.

وغير المجرد هو ما له تعلق بمحله تعلق استقرار، بمعنى أن لتعلقه أثرا أو حكما قائما يزول بالتنازل عنه وذلك كحق القصاص؛ فإنه يتعلق برقبة القاتل ودمه، ومع قيامه يكون غير معصوم بالنسبة لولى القصاص، ولكن بالتنازل عنه يصير معصوم الدم. وكذلك حق الاسترقاق، له أثر ظاهر فى الرقيق فإذا أعتقه سيده زال ذلك الأثر، وحق استمتاع الزوج والزوجة، فإن له فى الزوجة أثرا يسلبها بعض حريتها، فإذا زال بالطلاق رجعت لها حريتها وهكذا.

ومن هذا يرى أن (الحق) لا يعدو أن يكون منفعة أو مصلحة لشخص، وإنها قد تتعلق بالأموال كحق الشفعة وحق المرور فى الطريق وحق الشرب وحق المسيل. وقد تتعلق بما ليس بمال، كحق العلو لتعلقه بالهواء أو بالفراغ، وحق الحضانة لتعلقه بالصغير، وحق الاستمتاع بالزوجة وحق القصاص وهكذا. وقد تكون هذه المصلحة أمرا اعتباريا لاوجود له إلا بفرض الشارع، كحق الشفعة وحق الحضانة. وقد تكون أمرا ذا وجود خارجى. كحق السكنى وحق المرور وحق الشرب. وعلى أية حال فالحق على هذا المعنى عند الحنيفة ليس من المال، سواء أكان متعلقا بالمال أم غير متعلق به، لأنه أمر معنوى ليس فى الإمكان حيازته. ومن هذا قالوا : إنه لا يباع ولا يوهب، لأن محل البيع والهبة لا يكون إلا مالا (راجع الهداية فى باب البيع) ويعنون بهذا أنه لا يجوز بيع الحقوق استقلالا غير تابعة للأموال. أما بيعها تابعة للأموال فيجوز إن كانت متعلقة بها. كحق المرور وحق الشرب وحق المسيل. فإذا بيعت تبعا للعقار الثابتة له جاز البيع، لأن البيع كما يكون فى الأموال يكون كذلك فى كل حق متعلق بها إذا بيع تبعا لها ولم يبع منفردا. وعلى أن بعض الحنفية قد ذهب إلى جواز بيع بعض هذه الحقوق استقلالا كحق الشرب، وعلله بأنه نصيب من الماء وهو مال كما سيأتى (راجع البدائع ج ٦ ص ١٩٠ ففيها أنه مال ليس بمال).

ولا يعارض هذا الأصل أن بعض هذه الحقوق - وهى ما كان منها غير مجرد - يصح إسقاطها نظير المال. وذلك كحق القصاص وحق الانتفاع الثابت للموصى له فى العين الموصى بمنفعتها، فيجب المال لصاحب الحق بإسقاطه لأن جواز ذلك ليس على معنى المعاوضة المالية بين الحق والمال، ولكن جوازه مبنى على أن =

لأفراد، وعلى ذلك لا يعدها الحنفية من الأموال، لعدم إمكان حيازتها أيضا، سواء أكانت متعلقة بمال كحق المرور وحق المسيل الثابتين على أرض لغير صاحبهما، أم كانت متعلقة بما ليس بمال كحق الزوج فى الاستمتاع بزوجه، وحق الأم فى حضانة صغيرها. أما غير الحنفية فيعدون الحق مالا إن أريد به منفعة هى مال، كحق المستأجر فى العين التى استأجرها، ولا يعدونه مالا إن أريد به أمر من الأمور المعنوية الشرعية التى لا وجود لها إلا باعتبار الشارع كحق الحضانة وحق الزوج فى الاستمتاع بزوجه.

= ملكيته هذه الحقوق تشبه ملكية العين أو ملكية المنفعة، فجاز أن تقوم بالعقد بين صاحب الحق ومن التزم له بالمال، كما جاز أن تقوم المنفعة بعقد الإجارة، فإذا أسقط صاحب هذا الحق حقه نظير مال معلوم فقد استحقه عوضا عن الحق لتقومه بهذا التعاقد. وإن لم يكن فى الواقع مالا. وهذا ما ذهب إليه صاحب الكافى (راجع العناية فى الصلح) ولهذا السبب لم يجوز الحنفية إسقاط الحقوق المجردة نظير المال، كحق الشفعة مثلا وحق الأجل فى الدين وحق النظر على الوقف؛ لأنها لعدم استقرارها فى محلها لم يكن ملكها شبيها بملك المنفعة. فلم تقبل أن تتقوم بالعقد لذلك، فإذا أسقطت نظير مال سقطت ولم يجب المال، وإذا أدى فعلا كان لمن أداه أن يسترده لأنه فى الواقع رشوة بالنظر إلى معطيه وإلى آخذه على السواء. وبهذا اختلف حكمه مع المال الذى يدفعه المدعى عليه المنكر للدعوى إلى المدعى ليترك دعواه. فإن المدعى يأخذه نظير ما يدعيه من الحق فى نظره والمدعى عليه يبذله دفعا للضرر عن نفسه وفداء عن يمينه. فلم يتمحض رشوة من الجانبين؛ فلذلك صح بذله ولزم.

والأصل عند الحنفية: أن الحقوق تسقط بالإسقاط، ولكن بعضها على خلاف هذا الأصل فلا يسقط بالإسقاط، كحق التملك وما فى معناه كحق الميراث، وحق المستحق فى الوقف، وحق المستعير فى الانتفاع بالعارية قبل رجوع مالكها، وحق المستأجر فى الانتفاع بالعين المؤجرة، وحق النظر على الوقف لمن شرط له عند بعض الحنفية (راجع رسالة سقوط الحقوق وهى مطبوعة مع الأشباه والنظائر وحاشية الحموى).

ذلك ما يستخلص من كلامهم. والذى يقتضيه النظر عندى: أن الحق إذا ما جاز لصاحبه أن يسقطه شرعا فلا مانع من أن يتعاقد مع آخر على إسقاطه نظير مال معلوم يستحقه بذلك التعاقد، ولا يعد ذلك من قبيل الرشوة؛ لأنه يأخذه نظير حق ثابت بالشرع، ولا مانع من أن يعتبر متقوما بالتعاقد، كما قالوا فى بعض الحقوق.

وذهب بعض العلماء من غير الحنفية كالمالكية إلى أن الحق إن أطلق على عين أو على منفعة فهو من المال، وإن استعمل فيما أباحه الشارع للناس من مصالح وكل التمسك بها أو عدمه إلى رغبتهم لم يعد حينئذ من المال، كحق الخيار وحق الحضانة وحق التطليق وحق التزويج زيادة على واحدة وحق حبس الرهن وحق الرجوع فى الهبة وما إلى ذلك مما جعل مرجعه إلى اختيار الإنسان ومشيئته، سواء أجاز إسقاطه نظير المال كحق الزوج فى المتعة وحق الشفعة على رأى وحق القصاص أم لم يجز؛ لأن المال إنما وجب فى هذه الحال لحمل صاحب الحق على إسقاطه، لا أداء لقيمة الحق عندهم، إذ ليس له قيمة مالية.

وإن استعمل فيما يوفى بالمال ويئول إليه كان مالا. وذلك كحق الدين. ولذا يجوز التصرف فيه بالبيع والهبة، فيبيعه لشخص ثالث خلاف المدين ويهبه له ويستبدل به من المدين نفسه عوضا آخر وهكذا.

أقسام المال

للمال اعتبارات مختلفة يتنوع بسببها أنواعا متعددة، فبالنظر إلى ما يكون له من حرمة وحماية ينقسم إلى: متقوم وغير متقوم، وبالنظر إلى وضعه واستقراره ينقسم إلى: عقار ومنقول، وبالنظر إلى تماثل آحاده ينقسم إلى: قيمى ومثلى[1]. وقد دعا إلى هذه القسمة اختلاف هذه الأنواع فى الأحكام، وسنبين بعضه فيما يأتى :

المتقوم من المال ـ يراد بالمال المتقوم ما كان له قيمة تستوجب تضمين متلفه عند اعتدائه عليه. وذلك بسبب ما منحه الشارع من حماية وجعل له من حرمة.

ولا يثبت التقوم للمال إلا بتوافر أمرين.

الأول ـ إحرازه وحيازته فعلا.

الثانى ـ جواز الانتفاع به انتفاعا مطلقا.

وعلى ذلك فالمال المباح قبل حيازته، كالذهب فى مناجمه، والفضة فى معادنها، والطير فى أجوائه، والسمك فى مائه، والكلأ ـ الحشيش ينبت بلا فعل أحد ـ فى أرضه، لا يعد متقوما قبل إحرازه، إذ لا حرمة له ولا حماية، وإذا أتلفه متلف لم يضمن له قيمة، فإذا ما حيز، وكانت حيازته فى وسط يجوز الانتفاع به، كان متقوما وكانت له حرمة، وضمن من اعتدى عليه فأتلفه أو نقصه، وإذا كان فى وسط لا يجوز الانتفاع به لم تكن له حماية ولم يكن متقوما ولم يضمن متلفه.

وعلى ذلك فالمال نوعان : متقوم وغير متقوم، فالمتقوم ما حيز وجاز الانتفاع به شرعا فى حال السعة والاختيار، وهى الحال التى لا يكون الإنسان فيها مضطرا إلى الانتفاع به، كالنقود والعروض والدور والأراضى. وغير المتقوم هو مالم يتوافر فيه أحد الأمرين : الحيازة أو جواز الانتفاع حال السعة والاختيار، فالخمر والخنزير فى حق المسلم مال غير متقوم؛ لعدم جواز انتفاعه بهما، وكذلك الميتة التى ماتت من غير ذكاة والدم المسفوح «السائل»؛ لأن الشارع قد حرمها على المسلمين فى

---

(١) سمى المثلى مثليا؛ لأن ضمانه يكون بمثله. وسمى القيمى قيميا؛ لأن ضمانه يكون بأداء قيمته.

غير حال الاضطرار، قال تعالى : (٤ : ٥) ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب﴾[١] إلى أن قال : ﴿فمن اضطر فى مخمصة[٢] غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم﴾.

أما فى حال الاضطرار، كأن يصيب الإنسان جوع يخشى منه الهلاك أو ظمأ شديدًا يخاف على نفسه منه، فلا يجد غير الميتة والخمر، فقد أجيز أن يتناول منها بقدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه فقط غير مائل فى ذلك إلى إثم، فلا يبغى ولا يعتدى. والخمر والخنزير مال متقوم فى حق الذميين[٣]. لجواز انتفاعهم بهما حال السعة والاختيار؛ ولذا كانت لهما حرمة وحماية فى أيديهم، ويضمن قيمتهما من يتلفهما فى هذه الحال، وهذا رأى الحنفية، لأننا قد أمرنا أن نتركهم وما يدينون.

وفائدة هذه القسمة تميز أحد القسمين من الآخر عند بيان أحكامهما المختلفة وعند النظر فى تطبيقها، وهذه أهمها:

١ ـ المال المتقوم يضمن متلفه عند تعديه عليه، وغير المتقوم لاضمان على متلفه، ولذا لو أتلف مسلم لمسلم آخر خمرا بإراقته لم يضمن له شيئا، لأنه غير متقوم فى حق المسلمين. ولو أتلفه لذمى ضمن له قيمته عند الحنفية؛ لأنه مال متقوم فى حقه. ولو أتلف إنسان سمكا فى بحر لم يضمن شيئا، لعدم تقومه بسبب عدم إحرازه، وكذلك لو أحرق غابة غير مملوكة، وهكذا.

---

(١) المنخنقة : الدابة التى ماتت بالخنق. والموقوذة : الدابة التى تموت بسبب الوقذ بخشب او حجر او حديد مدبب. والنطيحة : الدابة التى نطحتها اخرى فماتت. وما أكل السبع : اى ما اكل منه اى سبع فمات بسبب ذلك قبل التذكية. وما ذبح على النصب : اى ما ذبح لغير الله. والنصب : حجر كان ينصب بجوار الكعبة لأجل الذبح عليه.

(٢) المخمصة : المجاعة. غير متجانف لإثم : اى غير مائل له وغير منحرف إليه، بأن ياكل تلذذا او متجاوزا ما تدعو إليه ضرورته.

(٣) خالف فى ذلك الشافعية بناء على أنهم مأمورون بأن تكون معاملاتهم وفق معاملاتنا، وأن لهم ما لنا وعليهم ما علينا، فالانتفاع بالخمر والخنزير غير جائز بالنسبة إلينا وإليهم على السواء. فلا يثبت لهما تقوم.

٢ ـ المال المتقوم يصلح أن يكون محلا لمعاوضة مالية كالبيع، فيصح أن يكون مبيعا كما يصح أن يكون ثمنا، ويصح أيضا أن يوهب وأن يوصى به وهكذا، ولا يصلح غير المتقوم أن يكون مبيعا، وإذا بيع كان العقد باطلا، كما لا يصلح أن يكون ثمنا، وإذا جعل ثمناً كان العقد فاسدا[1] عند الحنفية. وعلى ذلك لا يصح بيع الخمر من مسلم، ويصح من ذمى لمثله، ولا يصح بيع الأموال المباحة ولا هبتها ولا الوصية بها لعدم تقومها.

العقار والمنقول

العقار:

مالا يمكن نقله وتحويله عن مكانه، ولا يشمل غير الأرضين، سواء أكانت زراعية أم معدة للبناء أو لأى انتفاع آخر. والمنقول ما يمكن نقله وتحويله عن مكانه سواء أبقى مع ذلك التحويل على هيئته وصورته، أم تغيرت به هيئته وصورته، فيشمل جميع أنواع الحيوان والعروض والذهب والفضة والمعادن فى مناجمها، والمكيلات والموزونات وجميع أنواع المال ماعدا الأرضين نفسها، فالشجر، والبناء والقناطر من المنقول لإمكان نقلها وإن تغيرت صورتها به، إذ به يصبح البناء أنقاضا والشجر أخشابا أو أحطابا، والقناطر قضبانا، وقد خالف فى ذلك مالك فجعلها من العقار؛ لأن المنقول فى رأيه ما أمكن نقله مع بقاء هيئته، وغير ذلك العقار. وفائدة هذه القسمة تظهر فى بيان أحكام كل من المنقول والعقار عند إرادة تطبيقها. وهذه أهمها :

١ ـ أن الشفعة[2] لا تثبت فى المبيع إلا إذا كان عقارا، فلا شفعة فى المنقول إذا بيع استقلالا كما سيأتى.

٢ ـ إذا بيع العقار جاز لمشتريه أن يتصرف فيه ببيعه مثلا قبل أن يتسلمه من البائع عند الشيخين، وإذا بيع المنقول لم يجز لمشتريه أن يبيعه قبل أن يتسلمه عند أئمتنا الثلاثة، وسيجئ بيان هذا فى باب البيع.

---

(١) ستعرف فيما يأتى أن العقد الباطل لا يترتب عليه أى أثر، وان الفاسد قد يترتب عليه أثر شرعى.
(٢) ستعلم أن الشفعة حق أخذ العقار من مشتريه رضى أم ابى بما قام عليه من المال.

٣ - يجوز للوصى على الصغار أن يبيع منقولهم متى رأى المصلحة فى ذلك، وليس له أن يبيع عقارهم إلا إذا وُجِد لذلك مسوغ شرعى، كبيعه لإيفاء دين أو لرغبة فيه بضعف قيمته أو لزيادة نفقاته على غلاته أو نحو ذلك مما هو مفصل فى موضعه.

٤ - فى حال بيع أموال المدين المحجور عليه بسبب الدين لأجل وفاء دينه، يبدأ أولا ببيع المنقول، فإن لم يف ثمنه بالدين بيع العقار، لما فى ذلك من مصلحة المدين.

٥ - لا يثبت حق ارتفاق على مال منقول. وإنما يختص ذلك بالعقار كما سيأتى(١).

المثلى والقيمى

المثلى :

نسبة إلى المثل، ويطلق فى الشريعة على الأموال التى تقدر عادة بالوزن أو بالكيل أو بالعد. فما يقدر بالوزن جميع الموزونات، من المعادن كالذهب والفضة والنحاس والقصدير وغيرها، ومن المصنوعات كالصابون والأسمدة وكثير من أنواع الحلوى، ومن الأثمار كالمشمش والبلح والتفاح وغيرها. ومن الموزون غير ذلك كثير، وما يقدر بالكيل جميع المكيلات من الحبوب، كالبر والأرز والشعير والذرة وغيرها. ومن السوائل الزيوت بأنواعها وغيرها. وكثيرا ما يستعمل الوزن فى

---

(١) ومما يختلف فيه العقار مع المنقول الوقف عند الحنفية فالعقار يصح وقفه عندهم والمنقول لا يصح وقفه عندهم، إلا فى أحوال ثلاث :

١ - أن يرد بصحة وقفه أثر كما فى وقف الخيل والسلاح.

٢ - أن يجرى العرف بوقفه كما فى وقف الكتب والجنائز.

٣ - أن يكون تابعا للعقار، كأن يقف ضيعة بما فيها من أشجار ومبان وحيوان. ومرجع ذلك عندهم إلى ما للوقف من صفة الدوام، ولأجلها اختص به العقار؛ لأنه دائم بخلاف المنقول لأنه غير دائم. ومن العلماء من ذهب إلى جواز وقف المنقول مطلقا، وبرأيهم صدر قانون الوقف إذ نص فى المادة الثامنة منه على جواز وقف العقار والمنقول على السواء.

تقدير المكيلات، كما شاع ذلك الآن فى الزيوت، وبعض الحبوب كالبر، وعندئذ تعتبر كذلك من الموزونات للعرف. وما يقدر بالعد جميع العدديات المتقاربة الآحاد التى لا يوجد بينها تفاوت يعتد به الناس ويرتبون عليه اختلاف القيم، كالبيض والبرتقال والليمون. وزاد بعض العلماء : إذا كان ذلك من نوع واحد. وهذا ما تجب مراعاته، فاختلاف البيض بالكبر والصغر يترتب عليه اختلاف القيمة واختلاف نوع البرتقال والمانجو يترتب عليه كذلك اختلاف القيمة.

وعلى الجملة فأساس اعتبار المال مثليا فى الشريعة أمران : التماثل بين أجزائه عندما يكون مكيلاً أو موزوناً، وبين آحاده عندما يكون معدوداً. مع ملاحظة وجوده كذلك فى الأسواق، فالأرز إذا كان موجودا فى الأسواق كان مثليا لتماثل أجزائه وتشابهها إلى درجة لا تتأثر معها صفقاته عند المبادلة إذا ماجزئت، وإذا جزئت صح أن تجزأ أثمانها كتجزئها،وإذا نقصت صح أن تنقص بقدر نقصها، فإذا كان لديك صُبرة من القمح قيمتها ألفا جنيه فقسمتها أربعة أقسام متساوية كانت قيمة كل قسم منها خمسمائه جنيه، وإذا اشتريت كمية منه على أنها مائة أردب بمائتى جنيه، فوجدتها ثمانين فقط، كان لك أن تأخذها بمائة وستين جنيها جبرا عن البائع. وإذا لم يكن الأرز موجودا فى الأسواق، اعتبر من القيمى حتى يوجد، ولا تأثير لوجوده عند الناس فى بيوتهم لأجل استهلاكهم.

والقيمى :

نسبة إلى القيمة، ويطلق على مالا يقدر من الأموال بكيل ولا وزن ولاعد. ويطلق كذلك على العددى المتفاوت الآحاد إلى درجة تتغير معها قيمها، ويشمل الأراضى والدور والحيوان بجميع أنواعه، والأشجار والثياب والأحجار الكريمة وكثيرا من الفواكه العددية كالمانجو والبطيخ عند اختلاف أحجامها أو أنواعها.

ومن القيمى ما يقدر عادة بالقياس، كالأقمشة تقدر بالمتر والياردة والذراع؛ وذلك لاختلافها فى النسيج والخيوط اختلافا تتفاوت به قيمها. وهذا عند الفقهاء أيام كانت صناعة الغزل والنسج بالأيدى، أما الآن وقد أصبح كل ذلك بآلات ميكانيكية لا تنتج إلا متماثلا فى جميع الصفات، فالواجب عدها من المثليات، كما يجب أن يعد منها كذلك، كل ما أوجدته الصناعة الحاضرة من المصنوعات

المتماثلة فى المادة والصنعة والقدر والصفة، كالنقود الذهبية والفضية والنحاسية والبرونزية وأوانى الطعام والشراب، وكالملاعق والشوك والسكاكين والورق والكتب المطبوعة والكراسات وغير ذلك من المتماثلات الموجودة فى الأسواق؛ لأن المناط هو التماثل المؤدى إلى عدم الاختلاف فى القيمة بين الأجزاء المتساوية فى الوزن أو فى الكيل، أو بين الآحاد المتماثلة فى الحجم، مع الوجود فى الأسواق، وذلك كله متحقق فى هذه الأشياء وفى كثير خلافها على أكمل وجه، حتى أنه ليفوق فى ذلك البر والشعير والتمر مما عده الفقهاء مثليا.

وعلى ذلك يمكننا أن نعرف المثلى بأنه ما يوجد له مثل فى المتجر بدون تفاوت بينها يعتد به[١]. والقيمى بأنه مالا يوجد له مثيل فى المتجر.

وقد عرفنا أن النقود من المثلى، ولكنها تمتاز عن غيرها من المثليات بأنها تكون دائما أثمانا ومعايير لغيرها من الأموال، فإذا كانت فى عقد معاوضة كانت ثمنا، ولا تتعين بالتعيين ولو أشير إليها[٢]، بخلاف غيرها من المثليات، فإنها تتعين إذا أشير إليها أو نص على مكانها. وقد تكون أثمانا إذا ما قوبل بها قيمى[٣]. وقد تكون مبيعا إذا ما قوبلت بالنقود.

ومع هذا فإن جميع المثليات تمتاز عن القيميات بما يأتى :

١ ـ أن المثلى يثبت دينا فى الذمة[٤]. إذا ما عين بأوصافه، بخلاف القيمى، فإنه لا يثبت فى الغالب دينا فى الذمة، ولكن يتعين بالإشارة إليه أو ما يقوم

---

(١) قد يرجع التفاوت بين المثليات إلى أمور اعتبارية، كأن يكون هذا الشىء قد استعمله عظيم فى حادث تاريخى، كقلم وقع به على معاهدة هامة، فيكسبه ذلك قيمة عظيمة تفوق قيم أمثاله فى السوق. أقول : مثل هذا يجب اعتباره فيكون به الشىء قيميا لا مثليا.

(٢) قال الحموى على الأشباه : لا يتعين النقد فى عقود المعاوضات؛ لأنه خلق ثمنا، فالأصل فيه وجوبه فى الذمة ليوصل إلى العين المقصودة بالعقد. واعتبار التعيين فيه يخالف ذلك الغرض. ويتعين فى الهبة لعدم وجوبه فيها فى الذمة، ومثلها الصدقة والشركة والمضاربة والوكالة والغصب إذا قام عينه. ويرى مالك أن النقد يتعين بالتعيين فى عقد المعاوضة وفسخه. وإلى هذا ذهب الشافعى وأحمد وزفر اهـ من الفن الثالث ص ١٠٨ وارجع إلى هذا الموضوع فى انتهاء الوكالة من كتابنا هذا.

(٣) أى إذا كان المثلى عينا معينة كأن تباع دار بهذا المقدار من الارز سواء أدخلت الباء على المثلى أم على القيمى، أما إذا كان غير معين فالثمن منهما ما دخلت عليه الباء، كما سيأتى فى البيع.

(٤) الذمة فى اللغة معناها العهد، ولما كان العهد سببا فى الالتزامات قيل: هذا الشىء واجب فى الذمة، أى فى العهد، ثم توسع فى هذا الاستعمال فجعلت الذمة شاملة لكل حق وكل واجب، ولذلك عرفها الفقهاء بأنها حق شرعى اعتبارى يكون به الإنسان أهلا لأن يكون عليه حقوق وتثبت له على غيره واجبات.

مقامها[1]. ، فإذا بعت ثوبا بأردب من القمح فإن هذا العقد يقع على ثوب بعينه، ويثبت به فى ذمة المشترى أردب من القمح يؤديه إليك فى أى وقت عند الطلب.

٢ - إذا تعدى إنسان على مثلى فأتلفه ضمن مثله لا قيمته، لوجود مثله[٢] كما إذا أتلف إنسان مقداراً معينا من الأرز[٣]. وإذا تعدى على قيمى ضمن قيمته، كما إذا قتل إنسان حيوانا، لأنه لا مثل له حتى يطالب به ابتداء.

وإنما وجب المثل ابتداء، لأن المقصود من الضمان هو الجبر والعوض، وذلك لا يكون على أتمه إلا بأداء المثل، لأن فيه العوض عن التالف من ناحيتيه : صورته وماليته، فإذا انعدم المثل اكتفينا بالقيمة؛ لأن فيها العوض عنه من أهم ناحيتيه وهى المالية.

---

(١) قال القرافى فى فروقه ما ملخصه : لا يثبت فى الذمة ما كان معينا مشخصا فى الخارج مرئيا بالعين، وقد يثبت فيها ما عدا ذلك، وذلك إذا عين بوصفه، ويظهر أثر ذلك فى قاعدتين : الأولى - أن هلاك محل العقد أو ظهور استحقاقه لغير العاقد يوجب انفساخ العقد إذا كان ذلك معينا، ولا يوجبه إذا كان غير معين، فإذا اشترى إنسان سلعة فاستحقت انفسخ العقد. وإذا أسلم فى أردب قمح فسلم إليه فى حينه ثم استحق لم ينفسخ العقد، وإنما يطلب من المسلم إليه غيره؛ لأنه بالاستحقاق قد تبين أن ما فى الذمة لم يزل بها، وإذا استأجر دابة معينة لحمل شىء إلى مكان معين فاستحقت أو ماتت انفسخ العقد، وإذا كانت غير معينة بأن وقع الاستئجار على الحمل فأحضرت دابة لذلك فاستحقت أو ماتت لم ينفسخ العقد بل يطالب المكارى بغيرها. الثانية - إذا وجب المعقود عليه فى الذمة فلمن شغلت ذمته به أن يتخير بين الأمثال، فيعطى أى مثل شاء، ومتى كان المعقود عليه معينا من تلك الأمثال لم يكن له الانتقال عنه إلى غيره. فلو اكتال شخص لآخر رطل زيت من خابية وعقد عليه لم يكن لم أن يعطيه غيره من الخابية، وأما إذا عقد على رطل زيت منها غير معين فإنه يعطى أى رطل شاء.

وقد خالف المالكية هذا الحكم فى النقود، فذهبوا إلى أن النقد لا يتعين بالتعيين، وأن المعاملة تقع به على الذمم على الرغم من تعيين النقد عندها، وأنه إذا غصب غاصب ديناراً معيناً فله أن يعطى مالكه غيره، وعللوا ذلك بأن ليس فى النقد خصوصيات تتعلق بها أغراض صحيحة للناس، فسقط لذلك اعتبارها فى نظر الشارع. إذ لا يعتبر إلا ما فيه غرض صحيح. (راجع الفروق وتهذيبها ج٢ ص ١٣٣ وص ١٥١).

(٢) ذكرنا أنه إذا لم يوجد له مثل فى السوق اعتبر قيميا، وعلى ذلك يضمن المتلف قيمته. وذكر فى حاشية الشلبى على الزيلعى ج ٦ ص ٩٨ أن صاحب المال التالف مخير بين أخذ القيمة حينئذ وبين أن يصبر إلى أن يوجد المثل فى السوق، فيطالب به ويؤدى إليه.

(٣) وضع أحد الورثة يده على تركة وفيها بر، فتصرف فيه وبعد مضى مدة طالبه وارث آخر أمام القضاء بنصيبه فى هذا البر نفسه أو بدفع قيمته على حسب ما قدر له من قيمة فى محضر جرد التركة - وكانت قيمة البر عند الوفاة مرتفعة ولكنها انخفضت كثيرا عند المخاصمة - فعرض المطلوب على الطالب مقدار حصته من بر آخر يماثل البر الذى تركه المورث نوعا وجودة على أساس أن البر من المثليات وضمانه يكون بالمثل. فقضت محكمة أول درجة بصحة العرض بناء على هذا الأساس، فاستأنف الطالب الحكم فنقضت محكمة الاستئناف بعدم صحته، بناء على أن الطالب وجه إلى بر معين، فإما أن يسلمه نفسه وإما أن يدفع قيمته المقدرة فى محضر الجرد، ولا شك أن الحكم الأول هو المتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية.

خلاصة الباب

المال ما كان فى الإمكان حيازته والانتفـاع به الانتفاع العادى فى غيْر حالات الضرورة، فالسمك فى البحار مال لتحقق ذلك فيه. وحفنة من تراب ليست بمال، لعدم إمكان الانتـفاع بها اسـتقلالا فى العـادة. وحرارة الشمس ليـست بمال لعدم إمكان حيازتهـا. والمنافع عند الحنفية ليست من المال كذلك، ويعدهـا غيرهم مالا لإمكان حيازتها بحيازة مصدرها وهو العـين، وكذلك الحقوق لا يعدها الحنفية من الأموال، وقد يكون منها ما يعد مالا عند غيرهم كالدين.

وينقسم المال إلى متقـوم وهو ما أحرز فعلا وأمكن الانتفاع به انتـفاعا جائزا مطلقا، وغير متـقوم وهو ماعدا ذلك. فالأسماك فى البحار مال غـير متقوم لعدم حيازتها فعلا، والخمر مال غير متقوم لعدم جواز الانتفاع بها انتفاعا مطلقا.

وكذلك ينقسم إلى عقـار، وهو مالا يمكن تحويله عن مكانه وهو الأرض، ومنقول وهو ما أمكن نقله ولو بتغيير هيئته، كالسفن والأشجار والبناء والحيوان.

وينقسم أيضا إلى مثلى، وهو ما تماثلت آحاده تماثلا لا تخـتلف معه قيمها، وأدى إلى تقديره بالوزن أو الكيل أو العد، ووجد بالسـوق. وقيمى وهو بخلافه، فالزيوت وجميع السوائل من المثليات، وكذا جميع المصنوعات المتماثلة على الوجه الذى بَيَّنَّا، والحيوان والأرض من المال القيمى.



باب الملكية ـ الملك

العلاقة بين الإنسان والمال :.

ذكرنا فى تعريف المال أنه ما يمكن حيازته والانتفاع به انتفاعا عاديا، وأن مالية الأشياء نتيجة لإمكان إحرازها والانتفاع بها، أو لتمول الناس إياها، وكذلك ذكرنا أن تقومه لا يكون إلا بإحرازه فعلا، وجواز الانتفاع به انتفاعا مطلقا. ومن هذا يظهر أن علاقة الإنسان به هى التى تكسبه خواصه المالية، وتترتب عليها كذلك خواصه الشرعية التى جاء بها الشارع أو أقرها، كما يظهر أن هذه العلاقة ليست إلا صفة أو صلة نشأت عن إحراز الإنسان له وتموله إياه، وهذه الصلة هى التى سميت ملكا أو ملكية (نسبة إلى الملك) وبهذا تحددت العلاقة بينهما، وأنها المالكية بالنسبة للإنسان، والمملوكية بالنسبة إلى المال، فالإنسان مالك، والمال مملوك.

التعريف بالملك :.

وعلى ضوء هذا البيان يمكننا أن نعرف الملك بأنه حيازة الشىء حيازة تمكن من الاستبداد به والتصرف فيه إلا لعارض شرعى يمنع من ذلك[1].

ومن هذا يتبين أن للمالك وحده حق الانتفاع بالعين المملوكة وحق التصرف فيها، وليس لغيره ذلك، فإذا أراد شيئا من ذلك، من غير طريقه كان للمالك أن يمنعه، وإن لم ينله من انتفاعه ضرر.

---

(١) وهذه الحيازة قد تكون حيازة فعلية بالاستيلاء على ذلك الشىء كحيازة المستولى على المال المباح، وقد تكون حيازة حكمية وهى الحيازة الناتجة عن سبب من أسباب الملك، كما فى حيازة المشترى لما اشتراه وحيازة الوارث لما ورثه وإن لم يتحقق استيلاء كل منهما فعلا على تملكه بالشراء أو بالميراث. فكلا هذين النوعين من الحيازة يسمى ملكا؛ لأنه يحقق للحائز أن يستقل وينفرد بالتصرف فيما حاز، وأن يستبد بالانتفاع به ما دام المانع الشرعى من ذلك منتفيا، وستعرف فيما يأتى الموانع الشرعية من ذلك وأن منها الجنون والصغر وتعلق حق الغير، فإنها أمور تمنع من التصرف ومن بعض ضروب الانتفاع كما سيأتى، ولست أخفى أن هذا توسع فى معنى الحيازة لا يحتمله اللفظ ولا ما وضع له، وأقرب الكلمات للدلالة على هذا المعنى كلمة (اختصاص) وعلى ذلك يرى أن الملك ليس هو عين الحيازة، بل قد يكون أثرا لها. فإذا حاز إنسان مالا مباحا اختص به فملكه، وكذلك الحكم إذا ما اشتراه أو وهب له أو أوصى له به. وهذا ما ذهب إليه الحاوى القدسى فى تعريفه للملك بأنه الاختصاص الحاجز. ومن جميع ذلك يظهر أن جميع تعريفات الملك تنتهى إلى أنه حكم شرعى لا فرق بين تعريف وآخر.

وقد ذهبنا فى هذا التعريف مذهب من يرى أن الملك هو الحيازة[1]، أما إذا ذهبنا مذهب من يرى أن الملك صفة شرعية يمنحها الشارع من يستحقها عند تحقق سببها، فإننا نعرفه بما عرفه به الكمال بن الهمام[2]، وهو أنه القدرة[3] على التصرف ابتداء[4] إلا لمانع، والمراد بالقدرة : القدرة الشرعية التى أفاضها الشارع ومنحها لمن حاز الشىء فكان بها قادراً على أن يتصرف فيه عن نفسه لا عن غيره إلا لعارض يحد من أهليته، وعلى ذلك فليس كل من الوكيل والولى والوصى وناظر الوقف مالكاً لما يتصرف فيه من المال؛ لأنهم لا يتصرفون فيه عن أنفسهم، وإنما يتصرفون فيه عن غيرهم، وكان كل من الصغير والمجنون والسفيه مالكا؛ لأن لهم هذا التصرف لولا ما عرض من مانع، وآية ذلك أنهم يستطيعونه ويباشرونه عند زوال هذا المانع.

أو نعرفه بما عرفه به القرافى[5] فى فروقه، فقال : حكم شرعى قدر وجوده فى عين أو فى منفعة يقتضى تمكين من أضيف إليه من الأشخاص انتفاعه بالعين أو بالمنفعة والاعتياض عنها، مالم يوجد مانع من ذلك. وهو لا يختلف عن تعريف الكمال فى المعنى.

وكما يراد بالملك الملكية يطلق كذلك على الشىء المملوك، فيقال:هذا ملكى.

الفرق بين الملك والمال:

والملك بهذا المعنى أعم من المال عند الحنفية؛ لأنه يشمل المال والمنفعة، إذ

---

(١) وقد علمت ما فى هذا الرأى من بعد عن الحقيقة.

(٢) هو كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى ثم الإسكندرى الحنفى المتوفى سنة (٦٨١) ويعده بعض الحنفية من أهل الترجيح، وبعض العلماء من أهل الاجتهاد. ومن أشهر كتبه فتح القدير على البداية. وفيه جاء هذا التعريف فى أول كتاب البيع عند قوله البيع ينعقد بالإيجاب والقبول.

(٣) ويعرفه الحاوى القدسى بأنه الاختصاص الحاجز، أى الذى يمنع غير المالك من الانتفاع والتصرف إلا بإذنه. راجع الأشباه الفن الثالث عند الكلام على الملك.

(٤) أى هو القدرة الشرعية على تصرف يبتدئه المتصرف ويصدره عن نفسه لا عن غيره فتصرف الوكيل مثلا ليس تصرفا مبتدأ بل يوجد بعد استمداد ولايته من الموكل.

(٥) هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجى المالكى الشهير بالقرافى، توفى سنة (٦٨٤) بدير الطين بجوار الفسطاط بمصر. وله مؤلفات كثيرة فى العلوم الشرعية.

كل منهما مملوك، ولكن المنفعة لا تعد مالا عندهم كما قدمنا، بل مملوكة يرد عليها كثير من التصرفات، كالإجارة والعارية والوصية[1].

قبول المال للملكية:

ومما تقدم يتبين لك أن المال بطبيعته قابل لأن يتملكه الإنسان؛ لأنه قابل لأن يحاز، ولكن قد تعرض عليه عوارض تجعله غير قابل لذلك في بعض الأحوال، وهو من هذه الناحية ثلاثة أقسام:

الأول - ما لا يجوز تمليكه ولا تملكه، وهو ما خصص للمنافع العامة: كالطرق العامة والقلاع والحصون والمرافئ والقناطر والجسور والأنهار العظيمة المعدة للانتفاع العام. فما دامت هذه الأموال مخصصة لما أعدت له من ذلك، فلا ملك لأحد فيها، أي ليس فيها ملك فردى؛ لأنه لا يد لأحد عليها؛ على وجه التخصيص، ولكنها أموال تعلق بها حق الناس جميعا، وهى لذلك لا تُملك ولا تملك، فإذا خرجت عما أعدت له تغير حكمها فقبلت أن تملك وأن تملك.

الثانى - ما لا يقبل التمليك إلا عند وجود المسوغ الشرعى لذلك، ومثاله الأعيان الموقوفة، والعقار المملوك لبيت المال[2]. فلا يجوز بيع شيء من ذلك إلا بمسوغ من المسوغات الشرعية المنصوص عليها فى مواضعها من أحكام الوقف وأحكام بيع أموال بيت المال[3]. ويعد بيعها من غير مسوغ باطلا.

الثالث - ما يقبل التمليك والتملك بلا قيد، وهو ما عدا القسمين السابقين.

---

(١) الإجارة تمليك المنافع بعوض. والإعارة تمليك المنافع مجانا فى الحال. والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وتصح بالأعيان كما تصح بمنافعها فقط. مثال الحالة الأولى: أوصيت لفلان بدارى. ومثال الحالة الثانية: أوصيت لفلان بسكنى دارى مدة حياته، فإذا بقى حيا بعد وفاة الموصى وقبل الوصية استحق الدار فى الحال الأولى، وسكنها فى الحال الثانية ما دام حيا. فإذا مات ردت إلى ورثة الموصى.

(٢) الأموال الموقوفة يعتبرها الحنفية ملكا لله تعالى؛ لأنها بالوقف خرجت عن أن تكون ملكا لأحد من الناس، ويراها بعض العلماء من غيرهم ملكا لواقفها، ويراها آخرون ملكا للمستحقين فيها، وهى لا تقبل أن تملك لأحد بطريق بيعها له إلا بمسوغ شرعى، فإذا بيعت من غير مسوغ كان البيع باطلا، وتفصيل ذلك كله فى كتاب الوقف.

أما أموال بيت المال فهى تلك التى لجماعة المسلمين، والمراد بها هنا: ما يطلق عليه فى العرف القانونى الحاضر اسم الأملاك الحرة، وبيع هذه الأموال فى الشريعة الإسلامية تتوقف صحته على وجود المسوغ الشرعى له.

(٣) يرى بعض الحنفية أن عقار بيت المال لا يجوز للإمام أن يبيعه إلا لضرورة، كأن يحتاج بيت المال إلى ثمنه. وزاد فى البحر أنه يباع إذا رغب فيه بضعف قيمته على قول المتأخرين، وذهب فريق آخر إلى أن للإمام أن يبيع عقار بيت المال متى رأى المصلحة فى ذلك، لما له من الولاية العامة. رد المختار ٣ ص٢٨٢.

أنواع الملك:

ينقسم الملك قسمين : ملك تام، وملك ناقص، فيكون تاما إذا كان للمالك جميع الحقوق الشرعية التى يقبلها المال المملوك، ولا يكون له ذلك إلا إذا كان مالكا للعين ومنفعتها، أى لرقبة الشيء المملوك ومادته وذاته، ولمنافعه كذلك، فإن منع بعض هذه الحقوق؛ لأن ملكه قاصر على الرقبة وحدها أو على المنافع دون الرقبة، فلم يكن له إلا أن يتصرف فيما يملك من ذلك، كان ملكا ناقصا، فالملك الناقص هو ما كان قاصراً على الرقبة وحدها أو على المنفعة وحدها. ولتمييز الملك التام والتعريف به نذكر خواصه.

خواص الملك التام :

وللملك التام خواص ليست للملك الناقص. وأهمها :

١ ـ قدرة المالك على التصرف فى ذات العين المملوكة بجميع أنواع التصرفات الجائزة شرعاً من بيع وهبة[1]. ووقف ووصية ورهن[2].

٢ ـ قدرة المالك على الانتفاع بالعين على أى وجه شاء من وجوه الانتفاع المشروع من إجارتها وإعارتها وزراعتها، إن كانت أرضا، وسكناها إن كانت داراً، وما إلى ذلك سواء انتفع بها مع بقائها على هيئتها وصورتها أم انتفع بها بعد تغيير ذلك على حسب ما تطلبه طريقة الانتفاع، لا يتقيد فى ذلك بأى شرط ولا يحد بأى حد إلا حد الشارع، يستبد به دون غيره، فلا يكون لغيره أن ينتفع إلا عن طريقه.

٣ ـ عدم تقيده بأى زمن محدود كسنة، ولا بأى مكان معلوم كالقاهرة، فهو دائم لا ينتهى إلا بموت المالك، أو بإنهاء ملكيتها بوقفها، أو بانتقال ملكيتها إلى آخربسبب من الأسباب الناقلة للملكية شرعًا.

٤ ـ عدم مطالبة المالك ملكا تاما بضمان العين إذا أتلفها بغير موجب؛ لأن الضمان لا يستحقه إلا المالك، ولا يكون الإنسان مدينا لنفسه؛ لأنه لا يطالب

---

(١) الهبة تمليك العين مجانا فى الحال.

(٢) الرهن حبس العين لدى الدائن بحق يمكن أن يستوفى منها.

نفسه، ولكن ذلك لا يعفيه من التعزير من القاضى أو من الحاكم إذا ما استوجبه تعديه.

أقسام الملك الناقص:

الملك الناقص إما ملك رقبة فقط، وإما ملك منفعة فقط، كما بيّنا، وقد يسمى ملك المنفعة بحق الانتفاع، فلا فرق بينهما فى اصطلاح الحنفية[1]. خلافا للمالكية كما سيأتى :

ويتنوع ملك المنفعة أو حق الانتفاع نوعين : نوع يكون فيه حق الانتفاع شخصيا، ونوع يكون فيه عينيا، ولا يكون إلا فى العقار.

فالأول - يتعلق ابتداءً بالمنتفع، فيكون له فقط. ولا ينتقل عنه إلى غيره إلا فى بعض صور كما سيأتى.

والثانى يتعلق بعين العقار المقرر عليه هذا الحق، ويتبع العقار المقرر له أنى ذهب، فيثبت لمن يملكه ما دام مالكا له، إلا فى بعض الحالات كما سيأتى، وهو ما يسميه بعض الباحثين بحق الارتفاق، وإذن تكون أقسام الملك الناقص ثلاثة :

١ - ملك عين فقط.

٢ - ملك منفعة يكون معه حق الانتفاع شخصيا.

٣ - ملك منفعة يكون معه حق الانتفاع عينيا، وإن شئت سميته بحق ارتفاق.

ملك العين - ملك العين يكون إذا ما كانت العين - رقبتها - مملوكة لشخص ومنفعتها كلها مملوكة لشخص آخر. وعندئذ لا يكون لمالك العين أن ينتفع بها ولا أن يتصرف فى منفعتها ما دامت المنفعة فى ملك غيره، وكذلك لا يجوز له أن يتصرف فى نفس العين تصرفا يضر بحق مالك المنفعة، فإذا كانت داراً فليس له أن ينقصها بهدم بعض حجراتها، وليس له أن يبيعها لغير مالك منفعتها إلا بإذن مالك

---

(١) الواقع أن حق الانتفاع قد يكون نتيجة لثبوت الملكية التامة، وقد يكون نتيجة لثبوت ملكية المنفعة. وقد يكون نتيجة للإباحة، فإن لكل مالك الحق فى أن ينتفع بما يملك، كما أن للمباح له الحق فى أن ينتفع بما أبيح له أن ينتفع به..

المنفعة وهكذا، وعليه أن يسلمها إليه ليستوفى حقه من منافعها، فإذا امتنع أجبر على ذلك.

ويتحقق ملك العين فقط فى صورتين :

الأولى ـ أن يوصى إنسان لآخر بمنافع عين مملوكة له، كأن يوصى له بسكنى داره أو بزراعة أرضه مدة حياته أو ثلاث سنوات، فإذا مات الموصى ثم قبل الموصى له الوصية كانت سكنى الدار أو زراعة الأرض حقا مملوكا للموصى له فى المدة المعينة، وكانت عين الدار أو الأرض ملكا لورثة الموصى[1] بطريق الوراثة فلا يملكون شيئا من المنافع ما دام حق الموصى له فى المنافع موجوداً، فإذا انتهت مدة الوصية المحددة أو مات الموصى له قبل نهايتها صارت المنفعة ملكا لورثة الموصى تبعا لأصلها ومصدرها وهو العين. ويجب على الموصى له أو ورثته حينئذ تسليم العين إليهم؛ لأنها أمانة فى يدهم يجب ردها إلى مالكيها، وعند ذلك تصبح ملكيتهم تامة بعد أن كانت ناقصة مدة انتفاع الموصى له، ويلاحظ أن ملكية الموصى له فى هذه الحال كانت كذلك ناقصة لأنها مقصورة على المنافع.

الثانية ـ أن يكون لإنسان دار أو أرض فيوصى بالمنافع لصديقه ويوصى برقبة الدار أو برقبة الأرض لقريبه، فإذا مات فقبل كل من الصديق والقريب الوصية كان الصديق مالكا لمنافع الدار أو الأرض، وكان هذا الملك ناقصا، وكان القريب كذلك مالكا لعين الدار أو لعين الأرض وكان ملكه ناقصا، فتسلم العين حينئذ إلى الصديق ليستوفى حقه منها وتظل فى يده إلى وفاته، لعدم تعيين مدة، فإذا توفى سلمت العين إلى الموصى له بها فتصبح ملكيته بوفاة الصديق تامة.

---

(١) هذا هو الواقع، وليس ينافيه أن تجد بعض العلماء يذكر أن العين فى هذه الحال باقية على ملك الموصى؛ لأن ذلك افتراض وتصوير الغرض منه تسويغ نفاذ الوصية بعد موت الموصى ويملك الموصى له منافعها لا عن طريق الورثة الذين يملكون العين ويملكون منافعها تبعا لها، فرأوا أمام ذلك أن يقولوا : إن العين بالنسبة إلى نفاذ الوصية فى المنافع تعتبر باقية على حكم ملك الموصى. وذلك لا ينافى الحقيقة الواقعة. وهى أنها بالموت أصبحت ملكا للوارث. ألا ترى أنه يورثها ورثته إذا مات؟ وذلك دليل ملكه.

ومن هذا يتبين أن ملكيـة العين فقط دائمة، وتنتهى دائمـا إلى ملكية تامة، وأن ملكية المنافع تكون مـؤقتة دائما؛ ذلك لأن المنافع لا تورث عند الحـنفية؛ لأن منافع الأعيـان تتبعهـا ولا تنتقل وحدها بالوراثة إلى الوارث، ولذا كانت الـوصية بالعين فقط لإنسان وصية بالعين وبمنافعها تبعا لها.

النوع الأول من ملك المنفعة :

هذا النوع من الملك قد يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه، وأن يملك غيره هذه المنفعة، فيكون له حق الانتفاع بها، كما إذا أوصى إنسان لشخص بمنافع دار ينتفع بها كما يشاء، وعلى أى وجه يريد سكناً وإسكانا، فإن للموصى له فى هذه الحال أن يسكن الدار بنفسه، وأن يعيرها لغيره أو يؤجرها له.

وقد يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه فقط، كما فى وقف بيوت السكنى على طلبة العلم، فإنه لا يكون لطالب العلم حـينئذ إلا أن يسكن وليس له أن يعير ولا أن يؤجر.

وفى كلتا الحالين يكون للمنتفع ملك المنفـعة أو حق الانتفاع، غاية النظر أن هذا الملك قد يكون غـير مقـيد، كمـا فى الصورة الأولى، وقـد يكون مقيـداً إما بواسطة العرف، كمـا فى الصورة الثانية، وإمـا باللفظ كما إذا استـعار إنسان دابة ليركبها بشـرط ألا يعيرها لغيره، فلا فرق عند الحنفية بين الحـالين إلا بالتقييد فى إحداها دون الأخرى. وهذا خلاف اصطلاح المالكية، فإنهم يجعلون الحال الأولى من قبـيل ملك، ويخصونهـا باسم ملك المنفعة، ويجعـلون الحال الثانية من قـبيل الإباحة، ويخصـونها باسم حق الانتفاع، ولا يجـعلونها من قبيل المـلك كما يرى الحنفية.

التعريف بالإباحة والفرق بينها وبين الملك:

والفرق بين الملك والإباحـة، أن الملك أثر من آثار الحيازة كمـا قدمنا، وأنه ينتقل من مالك إلى آخر بسبب من الأسـباب الناقلة له، وأنه عندما يتحقق يكسب صاحبـه حق التصرف فى الشىء المملوك مـالم يوجد مانع، أما الإباحـة فهى حق

يثبت للإنسان أثراً لإذنه بأن ينتفع، وقد يكون هذا الإذن من المالك، كأن يأذن إنسان لآخر بأن يركب معه فى سيارته، أو بأن يبيت فى منزله هذه الليلة أو أن يجتاز حديقة داره فى طريقه إلى مقره،وكأن يدعوه إلى وليمة، وقد يكون هذا الإذن بحكم الشارع كما فى إباحة الانتفاع بالماء غير المملوك لأحد، وبالكلأ قبل إحرازه، وبضوء النار الموقدة. فقد قال عليه السلام : «الناس شركاء فى ثلاثة : فى الماء والكلأ والنار» أى شركاء فيها شركة إباحة لا شركة ملك. وما دام الإذن قائماً والإباحة مستمرة فالحق قائم وثابت. فإذا انتهى الإذن بانتهاء أمده - إن كان له أمد - أو رجع عنه مصدره، أو توفى انتهت الإباحة[1]، وبطل الحق وتلاشى.

وليس للمباح له إلا أن ينتفع بنفسه وفق الإذن الصادر له، فمن دعى إلى وليمة. فليس له أن ينيب غيره عنه، ولا أن ينقل من أطعمتها إلي منزله، ولا أن يحتجز منها شيئا بدل أكله، وهكذا.

ومن ذلك يتبين أن من أبيح له الانتفاع بشيء لم يملكه ولم يملك منفعته، وبهذا تتميز الإباحة من تمليك المنفعة[2].

الإباحة طريق إلى الملك :

هذا ولا ينبغى أن نغفل أن الإباحة تكون طريقاً إلى تملك ما أبيح، عينا كان أو منفعة. فالمباح له قبل أن ينتفع، مأذون بالانتفاع فقط، غير مالك لما أبيح له،

---

(١) وهل يشترط فى انتهائها علم المباح له بعدول المبيح عن إذنه؟ قولان عند الشافعى، أشباه للسيوطى ص٢٢٣ ومقتضى قواعد الحنفية : أنه يشترط.

(٢) غير أنه قد لا يظهر بينهما فى بعض الصور فرق فى الأثر، كما فى العارية التى قيد فيها المستعير بأن ينتفع بنفسه، مثالها ان يعير إنسان داره لآخر شهراً على أن يسكنها المستعير بنفسه وألا يعيرها لغيره، فإن المستعير فى هذه الحال ليس له إلا ان يسكن بنفسه، وهذا بعينه ما يكون للإنسان إذا ما أبيح له أن يسكنها شهراً، والأولى - من قبيل التمليك، والثانية - من قبيل الإباحة، ومن هذا ذهب بعض العلماء إلى ان هاتين الصورتين من قبيل الإباحة ولا فارق بينهما، لأن العبرة بالمعانى لا بالألفاظ، ولكن القائلين بالتفرقة بينهما يرون أن الآثار والنتائج تتبع دائما مصدرها ومنشأها، وبالمصدر تختلف الآثار وتتحدد النتائج. ولفظ العارية يفيد التمليك لا الإباحة، بدليل أن المستعير يملك المنفعة إذا لم يقيد، وجاز له ان يعير غيره لأجل ذلك إلا لمانع، وإذا ثبت هذا وجب أن يكون الأثر فى جميع صور الإعارة واحدا، وهو الملك، ولا يضير أن يختفى فى بعض الصور أثر الملك، وهو جواز التمليك، لوجود المانع. وعلى كل حال فالخلاف فى ذلك نظرى لا عملى.

ولكنه بانتفاعه واستيفائه ما أذن فيه يتملك ما استوفاه، فالضيف يتملك الطعام بوضعه فى فيه. ومن نثرت عليهم النقود فى الأفراح والمحافل - حسبما جرت به العادة - يملكونها بالتقاطها، حتى لا يجوز لناثرها أن يستردها منهم. وهذا فيما أرى الرأى الراجح، خلافاً لمن زعم أن المباح له يستهلك ما أبيح له ويستوفيه على حكم ملك المبيح[1]، وإنما لا يضمن مع هذا لمالكه قيمته عند استهلاكه؛ لأنه مأذون فيه من مالكه ومسلط عليه منه فلا يكون متعدياً، والضمان لا يجب إلا عند التعدى، وإنما رجح الرأى الأول؛ لأنه يترتب على هذا القول الأخير أن يكون للمالك حق استرداد ما يبيحه من المال ما دام ذلك ممكنا وهذا خلاف المعروف[2].

---

(١) راجع تقرير الرافعى ج ٢ ص ١٣٢.

(٢) إباحة الشخص ماله لغيره لا تخرجه عن ملكه، كما أن تركه فى الطريق لا يخرجه كذلك من ملكه. ويكاد يكون هذا محل اتفاق بين علماء الحنفية. وعلى هذا قيل : من سيب دابته لعلة، فأخذها إنسان فأصلحها بالعلاج ونحوه فهى لمالكها. ومن أرسل طيره فى الهواء فهو له حتى إذا صاده إنسان آخر كان له أن يأخذه منه قهراً.

وقد علمت أن الإباحة قد تتعلق بعين المال، كما فى الدعوة إلى الطعام، وكما فى نثر النقود على الناس. وقد تتعلق بالمنافع، كما فى إباحة المرور فى الطريق، أو المبيت فى المنزل. فإذا كانت متعلقة بمنفعة فانتفع المأذون له فقد استوفى المنفعة واستهلكها. وليس وراء الخلاف فى ذلك من أثر سواء استهلكها على اعتبار أنها ملك صاحب العين وقد أذنه فى ذلك، أم استهلكها على اعتبار أنه قد ملكها بالانتفاع، إذ لا وجود لها بعد ذلك حتى تصير محل نزاع بين المبيح والمباح له.

أما إذا تعلقت الإباحة بعين من الأعيان كما إذا ترك شخص ماله وقال : من شاء فليأخذ، أو نثر نقوده على الناس فى حفل ليأخذ كل ما تناله يده، أو دعا صديقا له إلى تناول طعامه. ففى مثل هذه الأحوال اختلف الرأى، فالجمهور من الحنفية يقولون : إن المال يظل مملوكا لصاحبه إلى أن تناله يد المباح له فيمتلكه بأخذه أو بتناوله، ويتملكه انتهت ملكية صاحبه الأول، وهو المبيح، فإذا استهلكه بعد ذلك فقد استهلك مالا مملوكا له (رد المحتار ص ٣٥٥ ج ٣) وعلى هذا الرأى يكون ذلك من قبيل التمليك. وذهب آخرون إلى أن ذلك ليس من قبيل التمليك، وأن المباح له لا يتملك المال بتناوله وإنما يظل المال ملكاً لصاحبه حتى يستهلكه المباح له، فإذا استهلكه فإنما يستهلكه على ملك صاحبه بإذنه. ولهذا لا يضمن، وعلى الرأى الأول أفتى فى كثير من المسائل. وهاك بعضها :

١ - رجل سيب دابته وقال : من شاء فليأخذها، فأخذها رجل، فهى لمن أخذها كما فى الفتاوى، من غير تفصيل. وفصل فى ذلك الفقيه أبو الليث، فقال : إن قال صاحب الدابة ذلك لقوم معينين فأخذها واحد منهم فهى لمن أخذها، وإن لم يقل ذلك لقوم معينين أو لم يقله أصلا فهى لصاحبها له أن يأخذها أنى وجدها. ومعنى ذلك : أنه لو أخذها إنسان لم يملكها وكان لصاحبها أن يستردها.

٢ - إذا قال شخص : أذنت للناس جميعا فى ثمر نخلى من أخذ منه شيئاً فهو له، فبلغ الناس ذلك. فمن أخذ شيئاً ملكه، قال صاحب البحر : مقتضاه أن من أخذ شيئا من هذا الثمر قبل أن يعلم بإباحته لا يملكه.

٣ - قال رجل لآخر: أنت فى حل مما أكلت أو مما أخذت من مالى، له أن يأكل وأن يأخذ، ولايحل له التناول حتى يعلم بالإذن والإباحة، ولو تناول شيئا قبل ذلك تناول حراما ولا يتملكه.

٤ - إذا وضع ماله فى الطريق ليكون لمن أخذه جاز ذلك.

أسـباب الملك فى هذا النوع : يستـفاد ملك المنفـعة الذى يكون مـعه حق الانتفاع شخصيا بسبب من الأسباب الآتية :

١ ـ الإجارة: فالمستأجر يتملك بها منفـعة العين المؤجرة، فإذا استأجر أرضاً للبناء عليها ملك أن يبنى عليها. وإذا اسـتأجرها للزراعة ملك أن يزرعها، ويكون ملكه من الملك الناقص، ولأن المستـأجر مالك للمنفـعة يجوز له أن يملكهـا غيره بالإجارة والعارية، ما لم يمنع من ذلك مانع، كما سيأتى فى الإجارة [(١)].

٢ ـ الإعارة: فالمسـتعير يتمـلك بها عند أكثر الحنفيـة منفعة العين المستعارة خلافا لمن رأى أنهـا إباحة، ولذا يجوز له أن يتصرف فـيها فيملكهـا لغيره بطريق إعارتها فقط، ما لم يمنع من ذلك مـانع، كما سيأتى فى العارية[(٢)]، أما تمليكها بطريق التأجير فليـس له فى جميع الأحوال، وسنفصله فى العارية.

٣، ٤: الوقف، والوصية : فالموقوف عليه والموصى له يتملك كل منهما ما أعطى من المنافع فى الموقـوف أو الموصى به، فإذا وقف إنسـان داره على صديـقه

= وهذه الفروع كثيـرة. والظاهر أن هذا يعد من الهبة، ويؤيد ذلك : ما فى البحر عند شـرحه لقول صاحب الكنز : وتصح بإيجاب. إذ قـال : وشمل لو ما قال شـخص : اذنت الناس جميعـا فى ثمر نخلى... إلى آخر الفرع الثانى المار.

وفى الهندية عن محـمد رحمه الله فى آخر المتـفرقات : أن ذلك بمنزلة الهبة وقـد يكون معنى هذا أنه لا يراه هبة حقيقة. وكان مقتضى ذلك أنه يجوز لمالك المال حينئذ ان يسترده ممن ملكه، رجوعاً منه فى هبته مالم يمنعـه من ذلك مـانع، وهذا رأى لبـعضـهم، ولـكن خـالف فى ذلـك آخـرون. وقـالـوا : ليس له الاسترداد. فخالفوا بذلك حكم الهبة (راجع البـزازية ج ٣ ص ٣٠٤ من الصيد) ولعلهم قاسوه على الصدقة؛ لأن الرجوع فـيها ممتنع. بناء على أن المتصـدق لا يقصد من صـدقته العوض عـادة، وهذا النوع من التملك كذلك لا يقصد منه التعوض عادة فكان حكمه حكم الصدقة.

اما الرأى الثانى ـ فمرجوح لمخالفته لأكثر فروع المذهب المنقولة، ولمنافاته فى الواقع لغرض المبيح. فإنه لا يريد إلا تمليك المباح له. ولأنه يترتب عليه أيضـا أن يكون للمبيح حق استرداد المال الذى أباحه ما أمكنه ذلك، وهذا خلاف المعهود المعـروف بين الناس وخلاف ما تواضعوا عليه (راجع فى ذلك رد المحتار وتبـيين الحقائق والفتاوى الهندية).

(١) إذا كانت المنفعة لا تختـلف باختلاف المنتفع، كركوب السـيارة جاز لمستأجرها أن يركبـها بنفسه وأن يركبها غيره، ولو شـرط عليه أن ينتفع بها وحده، سواء أكان ذلك بطريق تأجيرها أم بإعـارتها، كما سنذكره فى الإجارة.

(٢) إذا شرط على المستعير ألا يعير لغيره لزمه ذلك، وإذا لم يشرط عليه ذلك ـ وكانت المنفعة لا تختلف باختلاف المنتفع ـ جاز له أن يعـير غيره، وإن نص فى العقد على أنه يستعيرها لينتفـع بها بنفسه. وسيأتى فى العارية.

فلان، ثم من بعده على الفقراء، أو أوصى له بمنفعتها، فإن الصديق يتملك كل ما أعطيه بالوقف أو بالوصية. فإن جعل له الواقف أو الموصى أن ينتفع بها كيف شاء، وعلى أى وجه أراد، كان له ذلك فيسكن الدار بنفسه، أو يؤجرها لغيره فيأخذ أجرتها، أو يعيرها له.

وإن جعل له أن يستغل، وسكت عن السكنى، كما إذا قال الواقف : وقفت دارى هذه على صديقى هذا لتصرف إليه غلتها فى كل شهر. أو قال الموصى : أوصيت لصديقي فلان بأن يستغل هذه الدار مدة حياته، لم يكن له إلا أن يستغل، ولم يجز له أن يسكن عند أكثر الحنفية؛ لأنه لم يملك بذلك إلا الغلة، وهى غير السكنى، ألا ترى أنه يجوز لناظر الوقف أن يؤجر هذه الدار للموقوف عليه فى هذه الحال، فيلزمه بدفع أجرتها، ولو كان مستحقا لسكناها لم تجز إجارتها له، إذ لا يملّك الإنسان ما يملك. وهذا هو الصحيح عندهم[1]، وذهب آخرون إلى أنه يملك فى هذه الحال الأمرين، فإن شاء استغل، وإن شاء سكن؛ لأنه إذا ملك أن يملك غيره المنفعة بواسطة الإجارة، وجب أن يكون مالكا لها إذ لا يُمَلِّكُ ما لا يَملك، وإذا انتفع غيره لأجله، فالأولى أن ينتفع بنفسه[2]. وقد نص الشرنبلالى[3]. فى كتاب الوقف على ترجيح هذا القول، ولعل مبنى هذا الترجيح أنه يفتى بكل ما هو أنفع للوقت.

وإن جعل له أن يسكن وسكت عن الاستغلال، فليس له عند الحنفية إلا أن يسكن وليس له باتفاق بينهم أن يستغل، مثال ذلك : أن يقول الواقف : وقفت

---

(1) قال الفقيه أبو الليث فى كتاب نكت الوصايا : لو أوصى لإنسان بغلة دار، فأراد أن يسكنها بنفسه لم يرو عن أصحابنا المتقدمين شىء فى ذلك. واختلف فيه المتأخرون.ذكر عن أبى بكر الإسكافى أنه كان يقول : له ذلك، وكان أبو بكر بن سعيد يقول : ليس له ذلك. وجه القول الأول : أن غير الموصى له يسكن لأجله فأولى أن يسكن الموصى له بنفسه، وجه القول الثانى : أن فى سكناه بنفسه ضرراً على الميت، إذ لو أجرت الدار ثم ظهر دين على الميت قضى الدين من هذه الأجرة، ولو سكن الدار بنفسه لم يمكن أن يقضى الدين من السكنى (حاشية الشلبى على الزيلعى ص ٢٠٣ ج ٦).

(2) وعلى هذا القول : يجب ألا تصح إجارة الدار له، إلا إذا كانت الدار محتاجة إلى العمارة فتصح حينئذ؛ لأن استحقاقه فى هذه الحال مؤخر عن حاجة الدار فلا يكون مالكا لمنافعها.

(3) هو أبو الإخلاص حسن بن عمار المصرى الشرنبلالى، من شبرا بلالة بمديرية المنوفية. كان من أعيان الفقهاء وكان المعول عليه فى الفتيا، وألف كتباً كثيرة. توفى سنة ١٢٦٩.

داری هذه علی صدیقی فلان لیسکنها مدة حیاته. أو یقول الموصی : أوصیت لصدیقی هذا بسکنی داری هذه مدة حیاته، وسبب ذلك : أنه بالوصیة أو بالوقف ملك بالمجان، فلا یجوز أن یملکها غیره ببدل؛ لأن الملك بالبدل أقوی من الملك بالمجان[1]، ومن ملك الأضعف لا یستطیع أن یعطی الأقوی؛ لأنه لیس له، وفی هذا خلاف أحمد بن حنبل، إذ یری أن من ملك شیئا له أن یملکه غیره، بدون تفرقة بین ما إذا کان ملکه ببدل أو بغیر بدل، لأن الملك لا یختلف بذلك، وإذن فمن یملك السکنی یملك أن یستغل، ومن یملك الاستغلال یملك أن یسکن، وهذا أوجه. وعلی هذا الرأی صدر قانون الوقف راجع مادة : ٣١[2].

وإن أطلق الواقف أو الموصی فلم ینص علی استغلال أو استعمال، بأن قال: وقفت داری هذه علی صدیقی فلان، أو أوصیت بمنفعتها لصدیقی، کان الحکم فی هذه الحال کالحکم عند النص علی الاستغلال فقط، ولعل مرجع ذلك العرف عندهم، إذ کانوا یستعملون الإطلاق ویریدون منه الاستغلال، وعلیه لو تغیر العرف واستعملت حال الإطلاق للدلالة علی ما یشمل الاستغلال والاستعمال، وجب أن یتبع ذلك فیکون له الأمران. فإن لم یکن عرف ولم یکن الرجوع إلی الواقف أو الموصی فی البیان، حملت العبارة علی الاستغلال، لأنه أتم منفعة.

خواص الملکیة فی هذا النوع :

لهذه الملکیة خصائص لیست للملك التام. وأهمها :

١ ـ قبول التقیید عند إنشائها بالصفة والزمن والمکان، فیجوز لمعیر الدابة أن یقید مستعیرها برکوبها فقط، وللموصی بمنفعة الأرض أن یقید الموصی له بزراعتها قمحاً أو ذرة فقط، ولمعیر السیارة أن یقید المستعیر بأن ینتفع بها مدة شهر یبتدئ من

---

(١) وهذه القوة تظهر عند الموازنة بین ملك المستأجر للمنفعة وملك المستعیر، فملك المستأجر ملك لازم ویتطلب سلامة العین المستأجرة وخلوها من العیوب، بخلاف ملك المستعیر.

(٢) نص المادة : ٣١ من قانون الوقف : یجوز استغلال الدار الموقوفة للسکنی. وتجوز السکنی فی الدار الموقوفة للاستغلال، ما لم تقرر المحکمة غیر ذلك إذا رفع الأمر إلیها.

وکذلك جنح قانون الوصیة إلی هذا الرأی فی المادة ٥٤ ونصها : إذا کانت العین الموصی بمنفعتها تحتمل الانتفاع، أو الاستغلال علی وجه غیر الذی أوصی به جاز للموصی له أن ینتفع بها، أو یستغلها علی الوجه الذی یراه، بشرط عدم الإضرار بالعین الموصی بمنفعتها.

الآن، ولمعير الكتاب أن يقيد مستعيره بالقراءة فيه فى حجرة معينة مدة ساعتين، ولواقف الدار أن يقيد الانتفاع بها بالسكن فقط، والمستأجر مقيد بمدة الإجارة المنصوص عليها فى العقد دائما.

وكذلك قد يقبل هذا التقييد بعد إنشائها، غير أن ذلك لا يكون فى الملك بالوصية، وكذا لا يكون فى الملك بالوقف، إلا فى أحوال خاصة. ويكون فى الإجارة باتفاق كل من المؤجر والمستأجر عليه، وفى العارية بإرادة المعير فقط، كما سيأتى.

وأما الملكية فى النوع الثانى من ملك المنفعة، وهو ما سيأتى بيانه، فإنها تقبل التقييد بالصفة عند إنشائها فقط، كأن يجعل حق المرور فى الطريق مقيداً بالمشى فيه دون ركوب دابة فيه، وتقبل التقييد أيضا بالمكان، كأن يجعل حق الشرب مقيداً بكوة معينة فى المجرى لا يؤخذ الماء من غيرها. ولكنها لا تقبل التوقيت؛ لأنها حقوق دائما كما سيأتى. والملك التام لا يقبل شيئا من ذلك عند الحنفية، لا عند إنشائه ولا بعد وجوده، وفى هذا خلاف لبعض العلماء سنفصله عند الكلام على الشروط التى يصح للعاقدين اشتراطها فى عقود الملكية، رغبة منهما فى تقييدها.

٢ ـ عدم قبولها التوارث، فلا ينتقل ملك المنفعة أو حق الانتفاع فى هذا النوع بموت مالكه إلى ورثته بأية حال عند الحنفية؛ ذلك لأن انتقال الشىء من مالك إلى مالك آخر لا يتصور إلا مع بقائه، وقد علمت أن المنافع لا بقاء لها، وأن ما وجد منها فى حياة المالك قد انعدم بانتهاء زمنه وحياته، ولا ينتقل المعدوم. وما يوجد بعد وفاته لا يملكه؛ لأنه كان معدوما حال حياته، والمعدوم لا يملك، وإذن لا يورث عنه؛ لأن الورثة إنما يرثون ما كان مملوكاً لمورثهم، وعلى ذلك: فلا تورث المنافع، بل ينتهى ملك المنفعة دائما وفى جميع الأحوال بموت المالك، ولذا كانت مؤقتة دائما، ويستثنى من ذلك : حقوق المرور والشرب والمسيل والتعلى، فإنها تورث عند الحنفية، وإن كانت من قبيل ملك المنفعة، كما سيأتى.

وذهب الشافعية والمالكيـة والحنابلة إلى أن المنافع تورث؛ لأنها أموال مملوكة عندهم كمـا قدمنا، فـمن أوصى له بسكنى دار عشـر سنين: ثم مات بعـد مضى سنتين من انتفاعه حل ورثته مـحله فى المدة الباقية، فيكون لهم بسبب ذلك سكنى هذه الدار فى أثنائها خلافاً للحنفية.

أما الملك التـام، وملك العين وحدها، فـينتقل كل منهـما بموت المالك إلى ورثته، عند الجميع.

ضمان العين المنتفع بها فى هذا النوع : علمنا مما تقدم أن لمالك المنفعة حقا متعلقا بالعين، وأن له أن يستوفيه منها جبرا عن مالكها، ويجب على مالك العين لذلك أن يسلمهـا إلى مالك المنفعة لـكى يستوفى حقـه منها، فإذا تسلمهـا مالك المنفعة كـانت فى يده أمانة، فيجب عليه أن يـحافظ عليها محـافظته على أمواله، دون إهمال أو تقصير، وأن يستوفى حـقه منها بحسب ما يقضى به العرف، وعلى وفق الشروط التى ألزم بها - إن كـان هناك شروط - حتى يعيدها إلى مـالكها بعد استيفاء حقه سليمة غير منقوصة.

نفقات العـين المنتفع بها : إذا كان انتـفاعه بها بـالمجاز، كما فى الوصـية والعارية، وجب عليه أن ينفق عليها، إن كانت مما يحتـاج إلى النفقة ما دام منتفعا بها، لأن الغـرم بالغنم، فإن كانت حيـوانا مثلا فعليـه علفها، ونفقـات المحافظة عليها، وإن كانت سيارة فعليه أجر مقرها، وهكذا.

أما إذا كان انتفاعه بها فى نظير مال، فـإن نفقاتها تكون علىّ مالكها، فنفقة الدابة المستأجرة على مالكها، لا على المستأجر.

هلاك العين فى يد المنتفع أو تعـييها : إذا هلكت فى يده قبل إعـادتها بدون تعد أو إهمال، أو تعيبت كذلك بدون تقصير لم يضمن، إذ لا ضمان على أمين. أما إذا تلفت أو تعيبت بتعـدٍّ منه أو بتقصير ضمن عند تلفها قيـمتها إن كانت من الأموال القيمية، ومثلها إن كـانت من الأموال المثلية، كآنية لها مثل فى الأسواق، وعند تعيبها بعـيب لا يذهب بالغرض منها، يضمن قيمة ما نـقصته بالعيب، ومن التعدى : مـجاوزته بالدابة الغاية المتـفق عليها فى العقـد إلا بقدر ما يتسـامح فيه

الناس عادة، وأن يسير بها سيراً عنيفاً ينكره عليه الناس، وأن يتجاوز فى الانتفاع بها الشروط المتفق عليها، كأن يحمل عليها حديدا وقد استأجرها ليحمل عليها قطنا، وأن يجتاز بها طريقا أشق من الطريق التى اتفق عليها فى العقد، وألا يردها إلى مالكها بعد انقضاء مدة الانتفاع بها بلا عذر، ففى مثل هذه الأحوال تنقلب يد المنتفع يداً ضامنة، بعد أن كانت يد أمانة، فإذا هلكت العين أو تعيبت كان ضامنا[1].

انتهاء الملكية فى هذا النوع : ينتهى ملك المنفعة فى هذا بواحد مما يأتى :

١ ـ وفاة المنتفع. وقد بيّنّا ذلك عند كلامنا على عدم توارث المنافع.

٢ ـ وفاة مالك العين إذا كان ملك المنفعة بطريق الإجارة أو الإعارة. وسيأتى تفصيل ذلك.

٣ ـ انتهاء مدة الانتفاع إذا حدد له مدة، ولا يزال المنتفع حيا، كأن يوصى إنسان لآخر بزراعة أرضه عشر سنين، ثم تنتهى هذه المدة والموصى له موجود.

٤ ـ هلاك العين المنتفع بها بدون تعد ولا تقصير، فإذا أوصى إنسان لآخر بركوب دابته مدة شهر فهلكت بعد مضى خمسة عشر يوماً من مبدأ انتفاعه انتهى حق الموصى له بهلاكها. ولم يكن له أن يطالب بدابة أخرى ليركبها المدة الباقية، أما إذا كان هلاكها بتعد فإن حقه لا ينتهى باستهلاكها، ولكن المتعدى يلزم بقيمتها ثم يشترى بها دابة أخرى تحل محلها، فينتفع بها الموصى له المدة الباقية[2].

وكما ينتهى ملك المنفعة بهلاك العين المنتفع بها ينتهى أيضا بتعذر استيفاء

---

(١) وقد خالف بعض العلماء هذا الرأى فى العارية. فذهب إلى أن العارية فى يد المستعير مضمونة. وسيأتى ذلك عند كلامنا على العارية.

(٢) وإذا استأجر إنسان دابة معينة للحمل أو الركوب فهلكت قبل تمام العمل انفسخت الإجارة، كما فى رد المحتار نقلا عن الدر المنتقى (ص ٥٨ ج ٥) ومثله فى الهندية، وظاهر أن لا فرق فى هذه الحال بين أن يكون الهلاك بتعد أو بغير تعد. أما إذا لم تكن الدابة معينة وكان الغرض من الإجارة مجرد الحمل أو الركوب فلا تنفسخ الإجارة، ويطالب المؤجر بدابة أخرى، كما فى الهندية «ج ٤ ص ٤٦٠» والفرق بين الصورتين واضح، ففى الأولى : تم العقد على منفعة معينة هى حمل هذه الدابة أو ركوبها، فينتهى ملك المنفعة بزوال محلها. وفى الثانية : تم العقد على نقل من مكان إلى آخر فيتم بأية دابة. ويظهر لى أن هلاك العين المستعارة ينتهى به ملك المنفعة، سواء أكان بتعد أم بغير تعد، إذ لا يلزم المالك بشراء غيرها.

المنفعة منها إذا كان ذلك فى معنى هلاكها؛ لأن نتيجتهما واحدة، وهى عدم الانتفاع، وعلى هذا إذا استأجر إنسان أرضاً للزراعة مدة من الزمن، فغلب عليها الرمل أو صارت سبخة قبل انتهاء المدة، فإن الإجارة تبطل، وينتهى بذلك حق المستأجر فى الانتفاع بها، كما فى فتاوى قاضيخان (راجع الهندية ج٤ص ٤٦٠)[1].

رد العين المنتفع بها إلى مالكها : ومتى انتهى حق الانتفاع وجب تسليم العين إلى مالكها، إلا إذا ترتب على تسليمها ضرر بالمنتفع، فعند ذلك تبقى بالأجر إلى زوال الضرر، فإذا كانت العين المنتفع بها أرضاً زراعية فزرعها المنتفع، وانتهى حق الانتفاع والزرع لم يدرك، فإنها تترك بيد المنتفع إن كان حياً، أو وارثه إن كان ميتاً : بالأجر إلى أن يدرك الزرع، والأجر المستحق دائما هو أجر مثل العين عن المدة التى استبقيت فيها، إلا فى حالة واحدة، وهى ماذا كان الأجر مستحقا عن مدة هى جزء من مدة عقد الإجارة وقد انفسخت الإجارة قبل تمام مدتها، فإن الأجر الذى يستحق عن هذه المدة هو أجرها على حسب الأجر[2] المتفق عليه فى العقد.

(١) أما إذا كان ذلك لعيب طارئ مثلا، ويمكن زواله فلا، كخراب الدار وانقطاع ماء الرحى التى يحركها جريانه ومرض الأجير. ففى مثل هذه الأحوال إذا كان المالك مستأجراً كان له حق الفسخ، ولا تنفسخ الإجارة من غير فسخ. ويظهر لى أن العارية والوصية فى ذلك كالإجارة إذ المستعير والموصى له إنما يملك منفعة العين، فإذا زال الانتفاع بها على وجه لا عودة فيه أصبح ولا ملك له، فترد العين إلى مالكها.

(٢) وعلى ذلك إن انتهت الإجارة بانتهاء مدتها ثم استبقيت الأرض بعد ذلك ثلاثة أشهر لإدراك الزرع الزم المستأجر بأجر مثل هذه الأرض عن ثلاثة أشهر؛ لأنها لم تدخل فى مدة العقد المنتهى. وإذا استأجر الأرض سنة فتوفى المالك بعد شهرين من ابتداء الإجارة فإن الإجارة تنفسخ بموته، وإذا كان الزرع لم يدرك بقيت الأرض فى يد المستأجر إلى أن يدرك، فإن كانت مدة بقائها عشرة أشهر أو أقل دفع عنها الأجر بحسب الأجرة المتفق عليها فى عقد الإجارة المنفسخ؛ لأنها داخلة فى مدتها، وإن زادت على ذلك فكذلك الحكم بالنسبة لعشرة الأشهر الأولى، ويدفع عما زاد عليها الأجرة بحسب اجر مثلها؛ لأن ما زاد عليها لم يدخل فى مدة الإجارة المنفسخة.

خلاصة الباب

الملك : هو حيازة الشيء حيازة تمكن من الاستبداد به والتصرف فيه، والانتفاع به إلا لمانع. وقد يعرف بأنه حكم شرعي مقدر وجوده في عين أو منفعة، يقتضي تمكين من أضيف إليه من أن ينتفع بالعين أو بالمنفعة، ومن أن يتصرف فيها ما لم يوجد مانع من ذلك.

وقد يطلق الملك على الشيء المملوك، فيكون في هذا الإطلاق أعم من المال عند الحنفية لشموله المنفعة، وهي ليست بمال.

وكل مال قابل لأن يملك ما لم يمنع من ذلك مانع، كتخصيصه للمنافع العامة، فلا يقبل التملك حينئذ، ما دام مخصصاً لذلك.

والملك يعتبر تامًّا إذا شمل العين ومنافعها، وناقصا إذا اقتصر على العين فقط، أو على المنافع دون العين. والملك التام لا يكون إلا دائما ومطلقا، فلا يكون مؤقتا بمدة وإن طالت، ولا يتقيد بقيد. فالتصرف المبنى عليه مطلق، وكذلك الانتفاع، وبناء على ذلك لا يقبل التقييد بزمن، ولا بمكان، ولا بكيفية خاصة فى الانتفاع، ولا بمنفعة خاصة دون أخرى، ويعطى حق الاستبداد بالشيء المملوك.

أقسام الملك الناقص :

قد يكون الملك الناقص مقتصرا على العين، وقد يقتصر على المنفعة، وفى هذه الحال الأخيرة قد يكون حق الانتفاع حقا شخصياً متعلقاً بشخص المنتفع، وقد لا ينظر فيه إلى ذلك، ولكنه يتعلق ابتداء بالعين المقرر عليها والعين التى قرر لها، وعند ذلك لا يكون إلا فى عقار، ويسمى حينئذ بحق ارتفاق، وإذن تكون أقسامه ثلاثة :

ملك العين : إذا أوصى إنسان لآخر بمنافع عين مملوكة له ثم توفى، فقبل الموصى له الوصية، كانت العين دون منافعها ملكا لورثة الموصى، أما المنافع فتكون ملكا للموصى له. مثال ذلك : أن يوصى إنسان لصديقه بجميع منافع داره مدة حياته ينتفع بها كما يشاء على الوجه الذى يريد. وفى مثل هذه الأحوال تنتهى ملكية المنافع بوفاة الموصى له، وتعود إلى مالك العين وهم الورثة. ومن ذلك نتبين أن ملكية العين تنتهى دائما إلى ملكية تامة وأن ملكية المنافع مؤقتة دائما، لعدم قبول المنفعة للتوارث.

ملك المنفعة الشخصى : يستفاد هذا النوع من الملك بالإجارة أو الإعارة أو الوقف أو الوصية، فيكون المستأجر مالكاً لمنفعة العين المؤجرة، والمستعير مالكاً لمنفعة العين المستعارة، والموقوف عليه مالكاً لمنفعة العين الموقوفة، والموصى له بالمنفعة مالكا لها. ولهم عند الإطلاق والتعميم أن يتصرفوا فى هذه المنافع وفقا للحدود الشرعية الموضوعة لهم، فيجوز أن يملكوها لغيرهم، وقد يحال بينهم وبين ذلك التصرف إذا ما قيدوا بأن ينتفعوا بأنفسهم فقط، ذلك هو رأى الحنفية.

وهذا النوع من الملكية يقبل التقييد بالصفة والزمن والمكان، فلا يكون للمالك إلا الانتفاع على الوجه المشترط، ولا ينتفع إلا فى الزمن والمكان المعينين، ثم هو مع ذلك مؤقت دائما، ولا يقبل التوارث لما علمت من أن المنافع أعراض لا تبقى، ولا يورث إلا الموجود حال حياة المورث الذى يبقى بعد وفاته، وخالف فى ذلك الشافعية والمالكية والحنابلة، فقالوا : إن المنافع تورث كما تورث الأعيان.

والعين المملوكة منفعتها تكون فى يد المنتفع أمانة، فإذا تلفت فى يده من غير تعد أو تقصير لم يضمنها لمالكها. أما إذا تلفت بتعد أو بتقصير فإنه يضمنها للمالك.

وينتهى هذا النوع من الملك بوفاة المنتفع، وبانتهاء مدة الانتفاع، وبهلاك العين المنتفع بها بلا تعد أو تقصير، وبوفاة مالك العين إذا كان الانتفاع بطريق الإجارة أو الإعارة. وفى هذه الأحوال يجب تسليم العين إلى مالكها أو ورثته.

الإباحة والفرق بينها وبين ملك المنفعة : ملكية المنفعة : أثر لحيازة مصدرها - وهو العين - على وجه يمكن من الانتفاع بها شرعا. ومن أهم آثارها القدرة على

التصـرف فى المنفعة بتـمليكها، ما لم يمـنع من ذلك مانع، كأن يقـيد المالك بأن ينتفع بنفسه فقط. أما الإباحة فهى أثر لإذن يصدر من مالك العين للمباح له، بأن ينتفع على وجـه خاص، كأن تدعو شـخصا إلى الركوب معك فـى سيارتك، أو المبـيت عندك فى منزلك، وليس للمـبـاح له فى هذه الحال أن يـملك غيـره هذه المنفعة.

وكما تـكون الإباحة بالانتفاع تكون بالأعـيان، كمن ينثر نقـوداً فى المحافل ليتملكها من ينالها، وكمن يدعـو صديقه إلى تناول طعامه على مائدته، وفى هذه الحال تكون الإباحـة طريقا إلى تملك العـين المباحـة، فمن تناول نقـدا من المنثور ملكه، ومن وضع طعامه فى فيه ملكه.

باب حقوق الارتفاق

النوع الثانى من ملك المنفعة أو حق الارتفاق: ذكرنا أن حق الانتفاع للمنتفع عند تملكه المنفعة قد يكون شخصيا وقد يكون عينيا، ولا نعنى بذلك اصطلاح أهل القانون الوضعى[1]، بل نريد بالشخصى ما كان لشخص المنتفع وذاته دخل فى استحقاقه فاختص به لذلك، سواء استحقه لذاته ـ أى لأنه فلان، كما فى الوقف على فلان والوصية له ـ أو لصفة شخصية قامت به، كفقره وطلبه للعلم، وكونه ابن فلان وهكذا، أو لأنه قد طلبه لنفسه قصداً واستقلالا، وذلك كما فى تملك المنفعة بطريق الإجارة والإعارة. فإن الموصى إذا قال : أوصيت لفلان بسكنى هذه الدار، فقد استحق فلان السكنى لأنه فلان، وإذا قال : أوصيت بسكناها مدة عشر سنين لطلبة معهد كذا، وكان فلان منهم ـ فإنه يستحق السكنى، لأنه طالب علم بذلك المعهد، وهى صفة له، وكذلك المستأجر والموصى له يستحق كل منهما المنفعة بطلبه إياها، وبتعاقده عليها قصداً واستقلالا، والعقد: التزام شخصى له.

ونريد بالعينى : ما تقرر على عقار بعينه لمنفعة عقار آخر فثبت ولزم دون نظر إلى مالكهما، ويطلق على حق الشرب، وحق المجرى، وحق المسيل وحق المرور، وحق التعلى، وحق الجوار، فإن حق المرور من أرض معينة للوصول إلى أرض أخرى، أو حق سقى أرض معينة من مجرى ماء معين، أو حق صرف أرض فى مصرف من المصارف: حقوق مقررة فى محالها من أرض أو مجرى ماء أو مصرف، سواء أكانت مملوكة أو غير مملوكة، وسواء أكان مالكها فلاناً أم انتقلت إلى ملك شخص آخر، فهى تابعة لمحالها تنتقل معها بانتقالها من يد إلى يد، ومن مالك إلى مالك، وهى كذلك مقررة للأرض المنتفعة للوصول إليها أو لسقيها أو لصرف مائها أيا كان مالكها، فلا تتأثر باختلاف المالكين ولا باختلاف المنتفعين.

ويلحق بهذه الحقوق حق الشفعة، وهو ما يؤخذ من الماء لأجل الشرب

---

(١) الحق العينى عندهم : هو الحق الذى يقع على الشىء مباشرة ولا يستعمله صاحبه قبل شخص معين، بل قبل جميع الناس كالملكية. والشخصى : هو الذى لا يتمتع به صاحبه إلا بواسطة شخص آخر يؤديه إليه، يسمى بالمدين.

والاستعمال المنزلى على وجه العمـوم من ناحية أنه يشمل سقى ما يكون فى أفنية المنازل من الأشجار والزرع والأزهار.

وقـد سمى قـدرى باشا صـاحب (مرشـد الحيـران) هذه الحقـوق بحقـوق الارتفاق[١]، وعرف حق الارتفاق بأنه حق مقرر على عقـار لمنفعة عقار آخر مملوك لمن لا يملك العقار الأول، وهذا تعريف لم يسبـقه به حنفى فيما أعلم، وأظن أنه قد أخذه عن رجال القانون، ثم قلده فيه كثير ممن كتب بعده فى الفقه الإسلامى.

وتعريف حق الارتفاق بذلك يجعـله مقصوراً على حق المرور من أرض إلى أخرى، وعلى حق سـقى أرض من أخرى، وعلى حق المسيل، وهو إسـالة فاضل الماء من أرض إلى أخـرى، ولا يشمل حـق الشفـعة، ولا حق الجـوار، ولا حق التعلى، إذ ليس كل منها حقـا مقرراً على عقار لمنفعة عقـار آخر كما هو بين [٢]. وسيتضح ذلك كثيراً فيما يأتى :

الفرق بين هذا النوع من الملكيـة وسابقه أو بين حق الارتفاق وحـق الانتفاع الشخصى : من اليسير أن نجمل الفروق بينهما فيما يأتى :

١ - إن حق الارتفاق يكون مقرراً لعقار بخلاف حق الانتفاع الشخصى، فإنه يكون مقرراً لشخص، فـحق المرور من أرض إلى أخرى حق للأرض الثانية، ولذا ينتفع به كل من يريد الوصول إليها على أنه حق لهذه الأرض، ولا يقتصر الانتفاع به على شخص معـين، وحق الشرب الثابت لأرض على مجرى يكون لهـا مهما تغير مالكـها أو المنتفع بها، فينتفع به على أنه للأرض، وذلك بـخلاف حق انتفاع

---

(١) يظهر لى أن الاستـعمال مأخوذ عن المـالكية. والارتفاق فى اللغة : الاتكاء على مـرفق اليد (بكسـر فـكون ففتح) أو (بفتح فـكون فكسر) والانتفاع أيضا يقال : ارتفقت بالشىء أى انتفعت به (من الصحاح) وإذن فحقوق الارتفاق وحقوق الانتفاع بمعنى واحد لغة.

(٢) فإن حق الشفعـة مقرر لأشخاص على عقار، وحق التعلى مـقرر لشخص على بناء أو لبناء على بناء آخر، وكـذلك حق الجوار، فإن النظر فيـه إلى عدم إيذاء الجار بأعـمال ضارة أو بأصوات مـقلقة، أو بروائح كريهة، وما أشبه ذلك كما سيأتى، وبهذا يكون الحق مقرراً لمنفعة شخص لا لمنفعة عقار، على أن هذه الحقوق لا تخرج عن أنهـا أمور متبادلة بين الجـيران بعضهم مع بعض، لتـنظيم الانتفاع بأملاكـهم مع عدم الإضـرار بالآخرين، شأنها شأن كل قاعـدة عامة توضع لتنظيم الانتفاع بالملك، وعلى هذا لا تكون فى الواقع من باب حقوق الارتفاق. وعلى الجملة فإطلاق حق الارتفاق على هذه الحقوق الثلاثة فيه تسامح.

الموصى له بمنفعة أرض، فإنه خاص بشخصه، وينتفع به على أنه من حقوقه الشخصية، ولذا لا ينتفع به سواه، وإذا مات انتهى بذلك حقه. ولهذا كان من البين أن حق الارتفاق تزيد به منفعة الأرض المرتفقة كما تزيد به قيمتها، فإن الأرض إذا لم يكن لها طريق أو شرب تكون قليلة القيمة ضعيفة المنفعة.

٢ ـ أنه دائما يكون مقرراً على عقار، ولذا قد تقل به قيمته، فالأرض إذا كان عليها حق مرور أو حق شرب أو حق مسيل تكون أقل قيمة مما إذا كانت خالصة من هذه الحقوق، بخلاف حق الانتفاع الشخصى، فإنه قد يتعلق بالعقار كما فى أرض أعيرت، وقد يتعلق بالمنقول، كما فى كتاب أعير.

٣ ـ أنه حق دائم غير مؤقت بوقف ينتهى بانتهائه، ولذا يتبع العقار المرتفق أينما انتقل، فينتفع به كل من ملكه، ولا يزايل العقار المرتفق به وإن تغير مالكه. وإذا تغير لا يستطيع المنع ولا المعارضة، وكذلك لا يؤثر فيه موته، فإذا مات انتقل العقار المرتفق به إلى ورثته محملاً بالحق.

٤ ـ أنه حق لازم بالنسبة لمالك العقار المرتفق به. فلا يملك أن يبطله. بخلاف حق الانتفاع الشخصى، فإنه قد يكون غير لازم كما فى المستعير، فإن المعير يملك إبطاله.

أسباب ثبوت الملكية فى هذا النوع : تثبت الملكية فى هذه الحقوق السابقة بسبب من الأسباب الآتية :

١ ـ الشركة العامة : فمرافق البلد العامة، كطرقها وأنهارها ومصارفها مقرر عليها حقوق ارتفاق لكل عقار متصل بها، فلكل منزل أشرع بابه إلى الطريق العام حق ارتفاق عليه، هو حق المرور فيه إليه. ولكل أرض زراعية تتصل بمروى عام حق ارتفاق عليه هو المسمى بحق الشرب، ولكل أرض تتصل بمصرف عام حق ارتفاق عليه هو حق إسالة ما يفضل من مائها فيه، ويسمى بحق المسيل، ومرجع هذه الحقوق كلها ومنشؤها : هو الشركة العامة فى هذه المرافق.

٢ ـ اشتراطها فى عقد معاوضة إذا جرى العرف بذلك، فإذا باع شخص أرضاً لآخر على أن يكون عليها حق مرور إلى أرض أخرى مملوكة له أو لغيرهما ـ

وتم العقد على ذلك - ثبت لتلك الأرض حق مرور على الأرض المبيعة إذا كان العرف قد جرى بمثل هذا الشرط[1].

٣ - الانتفاع بالأرض - إذا كانت مواتاً - في حق من هذه الحقوق، عندما تتعين لذلك، فإذا أحيا إنسان أرضاً في وسط أرض موات، وكان يمر إلى أرضه التي أحياها من الأرض المحيطة بها، ثم جاء آخر فأحيا ما يجاورها من الموات، فإن أحيا جميع ما يحيط بالأرض الأولى مرة واحدة، كان للأولى حق ارتفاق على الأرض المحيطة بها جميعها. فيمر مالكها إليها من أية جهة أراد. ويصح للمحيي الثاني أن يخصص له طريقًا، وإن أحييت هذه الأرض المحيطة على دفعات، كان حق ارتفاق هذه الأرض الأولى على آخر قطعة مجاورة لها أحييت، لتعينها للمرور منها قبل إحيائها.

---

(١) يدل على ذلك ما يأتي من الفروع نقلا عن فتاوى قاضيخان (ج٣ ص٢١٣).

(أ) لرجل داران، مسيل ماء إحداهما على سطح الأخرى، فباع الدار التي عليها المسيل لرجل آخر، ثم باع الدار التي لها المسيل بكل حق هو لها لشخص ثالث، فأراد مشترى الدار الأولى التي عليها المسيل أن يمنع مشترى الدار الثانية من إسالة الماء على سطح داره، ذكر في الأصل أن له ذلك إلا إذا ذكر البائع عند بيع الأولى أن مسيل ماء الدار التي لم تبع يكون على هذه الدار التي يبيعها.

(ب) لرجل داران متلاصقان، إحداهما عامرة والأخرى خراب، ومسيل ماء العامرة وملقى ثلجها إلى الخراب، قال الفقيه أبو بكر: إن استثنى البائع (أي بائع الخراب إذا ما باعه) لنفسه مسيل الماء إلى الخراب. جاز لجريان العرف بذلك وإن استثنى ملقى الثلج لايجوز، لعدم تعارف ذلك، وقال الفقيه أبو الليث: إن كان ميزاب سطح العامرة في الخراب ومسيل ماء سطحها إلى هذا الجانب مدونا من القدم، كان المسيل على حاله - وإن لم يشترط في العقد - ولذا لو كان مسيل سطح دار رجل إلى دار رجل آخر وله ميزاب قديم، فإنه يبقى استحسانا وعليه الفتوى.

والمفهوم من هذين الفرعين(أ، ب) أن اشتراط حق الارتفاق في عقد البيع مثبت له وملزم به، إذا كان هناك عرف بذلك، حتى لا يكون شرطًا فاسدًا يفسد به العقد، ولا فرق في هذا بين أن يكون مالك الدارين قد أحدث هذا الحق لإحداهما على الأخرى أو تملكهما كذلك، كما يفهم من الإطلاق في الفرعين وعدم التقييد فيهما، بأن يكون ذلك الحق قديمًا أو من إحداث مالك قبله. وهذا الحكم إذا لم يكن حق إحدى الدارين قديمًا، فإن كان قديما غير معروف الأصل - كما سيأتي - فإنه يثبت بقدمه، ولا حاجة إلى اشتراط بقائه في العقد، وبهذا يجمع بين الفرعين. فلا يكون بينهما خلاف، وهذا الجمع هو ماتقتضي به القواعد العامة. غير أنه قد يلاحظ على ذلك: أن المالك للعقارين في الفرعين شخص واحد . ولا يثبت حق الارتفاق لعقار على آخر إلا إذا كان أحدهما مملوكا لغير مالك الآخر، أما إذا كانتا لمالك واحد فلا، لأن انتفاعه بأحد العقارين حينئذ يكون بناء على ملكه،ولعل هذا هو السبب في أن مشترى الدار الثانية في الفرع الأول له أن يمنع مشترى الدار الأولى من استمرار إسالة مائها على سطح داره إلا إذا شرط عليه ذلك عند شرائها.

وفي الفتاوى الخانية من باب الشروط في البيع:

١ - رجل باع سفل داره على أن يكون له حق قرار العلو عليه جاز ذلك، ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في باب القسمة.

٢ - لو باع رجل رقبة الطريق على أن يكون له حق المرور فيه جاز.

وهذان الفرعان صريحان في أن الحقوق تكتسب بالاشتراط في البيع.

أما الإذن من المالك بالانتفاع فلا يثبت به حق ارتفاق، وذلك كأن يأذن مالك أرض معينة بالمرور منها إلى أرض أخرى بجوارها، فإنه لايترتب على هذا الإذن إلا إباحة المرور منها لكل من يقصدها. وهذه الإباحة تكون موقوتة ببقاء الإذن، فإذا مارجع عن الإذن أو توفى انتهت [١].

٤ ـ القدم عند الجهل بسبب الحق. والقدم في الواقع ليس منشئا للحق [٢]، وإنما يعتبر أن الحق قد نشأ عن سبب صحيح مجهول. ولكن لطول العهد تنوسى السبب، وبقى الأثر معروفا مقررا دون أن يعرف له مبدأ، فيحافظ عليه لقدمه وتقرره، والقديم يبقى على حاله، لأن الظاهر أنه إنما كان لسبب صحيح، لبقائه زمانا طويلا، مالم يظهر أنه لسبب باطل فيزال حينئذ، وبناء على ذلك إذا عرف سبب نشأته كان بقاؤه رهن صحة سببه، وإلا حكم ببطلانه. ولذلك إذا كان مسيل سطح دار رجل إلى سطح دار آخر. وكان ذلك أمرًا قديما مجهول السبب فإنه يبقى استحسانا، وعليه الفتوى، كما فى الخانية.

٥ ـ شراء العلو فى حق التعلى. فإذا كان لشخص دار لها سفل وعلو، فباع علوها لآخر، فإن صاحب العلو يكتسب بشرائه حق التعلى على هذا السفل، حتى لو انهدم العلو بقى له هذا الحق، فيعيد العلو كما كان.

٦ ـ الجوار بالنسبة لحق الجوار. فيثبت لكل دار حق ارتفاق على الدار المجاورة بالاستضاءة من فنائها والانتفاع بها على الوجه الذى سنبينه فى حقوق

---

(١) يدل على ذلك مافى الهندية (ج٦ ص١٩١) : نهر خاص بين رجلين. وله كوى فأضاف إليها رجل بإذنهما ورضاهما كوة جديدة، وحفر منها نهرا إلى أرضه، ومضى على ذلك زمان، ثم بدا لأحدهما أن ينقض ذلك ـ فله أن ينقض، وليس للمأذون له الأجنبى أن يمتنع؛ لأن ماصدر منهما عارية، والعارية لاتكون لازمة. وكذلك لو مات أحدهما فلورثته أن ينقضوا ذلك؛ لما قلت.

وعند المالكية: أن حق الارتفاق يثبت بالتزامه على وجه التبرع، فيلزم المتبرع سواء أعطاه على الأبد ـ وعند ذلك يكون مؤبدا ـ أم أعطاه إلى مدة ـ وعند ذلك ينتهى بانتهائها ولايجوز له الرجوع فى هذا قبل مضيها، وكما جوزوا الإرتفاق على وجه التبرع جوزوه بالمعاوضة عليه، فأجازوا لمالك الدار أن يبيع موضع خشب على جداره لجاره، فيصح ذلك ويكون للجار حق ارتفاق على الجدار، وللمالك أيضا أن يؤجر له هذا الموقع مدة معلومة.

وهذا يتفق مع ماجرى عليه التشريع الوضعى من إحداث حقوق الارتفاق بالتعاقد. (راجع العقد المنظم للحكام ج٢ ص١٢٧).

(٢) ذهب المالكية إلى أن حق الارتفاق يثبت بمضى الزمن عليه دون اعتراض مالك العقار المرتفق، وكأنهم اعتبروا مضى الزمن مع السكوت فيه رضا وتبرعا، واختلفوا فى مقدار المدة التى تمضى. فقيل أربعة أعوام. وقيل أكثر من ذلك. (راجع التبصرة ج٢ ص٢٤٦).

الجـوار، وهذا الحق يثـبت لكل من الدارين عـلى الأخرى بـسبب الجـوار كـمـا سيأتى [١].

ومما تقدم يتبين أن هذه الحقوق قد تتقرر على عقار مخصص للمنافع العامة، كالطرق العـامة والأنهار العظيمـة ومجارى المياه الصناعـية غير المملوكـة لأحد من الناس، وقد تتقرر على عقار مملوك ملكًا خاصا لشخص أو عدة أشخاص.

والقاعدة العامـة لبقاء هذه الحقوق ـ ألا يترتب على بقـائها ضرر بين ، وإلا وجب إزالة منشأ هذا الضرر، كمسيل قذر على طريق عام، أو على طريق خاص، فإنه يجب إزالته سواء أكان فى ملك خاص أم فى ملك عام، قديما أو جديدا [٢].

حـق الشـرب وحـق الشـفعـة : الشرب ـ بكسر فسكون ـ لغة : النصيب من الماء، ومنه قوله تعـالى لثمود [٣] فى ناقـة صالح (١٥٥ ـ ٢٦): **﴿هذه ناقة لها شرب ولكم شـرب يوم معلوم﴾** ويطلق أيضا عـلى زمن الشرب، ويسـتعمله علمـاء الشريعـة فى المعنيين، فـتارة يريدون به النصـيب المسـتحق من الماء، وتارة يريدون به نوبة الانتـفاع بالماء، سقـيا للشجـر أو الزرع، أى زمن الانتفـاع به لهذا الغرض.

وحق الشفة هو حق الشرب ـ بضم فـسكون ـ سمى بذلك لأن الشرب عادة يكون فى الإنسان وفى كثـير من الحيوان بالشفة، ويراد به حـاجة الإنسان إلى الماء لشربه وانتفاعه المنزلى، ولشرب دوابه.

---

(١) ويرى بعض علماء القانون أن ذلك ليس من قبيل الارتفاق، ولكنه من باب تنظيم انتفاع الملاك بأملاكهم على وجه لايضر بغيرهم. ولكن لما فيه من الحجر على المالك فى أن يتصرف فى ملكه تصرفا كان له جائزا لولا تعلق حق لجاره بسبب الجوار اعتبر من هذه الناحية حق ارتفاق . وقد سبق لنا بيان ذلك.

(٢) ذكرنا ماتثبت به حـقوق الارتفاق عند الحنفية، وأن المالكية أضافـوا إليها التزامها بالتبـرع أو المعاوضة أو مضى زمن عليها بدون اعتراض ممن له حق الاعتراض، وظاهر عبارات المالكيـة فى كتبهم ـ كالبهجة والتاودى فى باب الارتفاق والتبصرة ـ أن حقوق الارتفاق ليـست محـصورة، وأن لمالك العقار أن ينشىء عليه لعقار آخر حق ارتفاق كما يشاء، كعـدم البناء على قطعة أرض معينة، وكعدم زيادة البناء المجاور على ارتفـاع معين وغير ذلك، وهذا يتفق مع ماذهب إليه التشريع الوضعى.

أما الحنفية فالظاهر من تعبيرهم فى كتبهم أن هذه الحقوق محصورة فيما ذكرنا، وأنه لايجوز إنشاء حق بالتعاقد لا على وجه التبرع ولا على وجـه المعاوضة، وأن التبرع بها يعتبـر إعارة يجوز الرجوع فيها، والمعاوضـة عليها غير جائزة عندهم. لأنهـا ليـست مما يجـوز الاعتياض عنـه بالمال استقـلالا، أو لأنها لا يصح أن تكون محـلا للبيع استقلالا.

(٣) هم قوم صالح عليه السلام.

وتنقسم المياه بالنسبة لهذين الحقين ثلاثة أقسام:

الأول - ماء المجارى العامة غير المملوكة لأحد، كماء الأنهار العظيمة، كالنيل والترع العامة المتفرعة منه كالسوهاجية، فمثل هذه المجارى يعد مرفقا عاما يثبت فيه لجميع الناس حق الشفة، ولأراضيهم المتصلة به حق الشرب على وجه لايترتب عليه ضرر بين، فينتفع الناس بمائها سقيا لأرضهم المتصلة بها وشربا لدوابهم، ونقلا منها لحاجتهم سواء أكان ذلك بشق جداول منها فى أرضهم المتصلة بالماء إلى أراضيهم البعيدة غير المتصلة أم بفتح كوى ومنافذ فى حوافها، أم بنصب آلات رافعة عليها لرفع الماء منها، مادام ذلك لايضر سائر الناس باستنفاد مائها ولايمنع أحدا من حقه، ذلك لأن ماءها مباح وشركة بين الناس، لما رواه أحمد عن النبى ﷺ «المسلمون شركاء فى ثلاثة : فى الماء والكلأ والنار» وشركة الناس فيه شركة إباحة لا ملك، لعدم إحرازها، فهم سواء فى الانتفاع بالماء العام، ولذا ثبت لهم حق الشرب.

وهم كذلك سواء فى الانتفاع بالكلأ، وهو الحشيش الذى ينبت بنفسه دون أن يقوم أحد بزرعه أو سقيه، وإذا كان فى أرض مملوكة، فلكل شخص أن يأخذ منه حاجته.

وهم سواء فى الانتفاع بضوء النار ودفئها، يستضيئون بها ويصطلون دون أن يكون لهم أخذ شىء من جمرها، لأنه مال مملوك لصاحبه.

فإذا أحرز شىء من ذلك كان مملوكا لمحرزه، وامتنع بذلك الإحراز على غيره إلا بإذن من مالكه، فمن احتش الكلأ كان ملكا له، ومن أخذ ماء فى جرة كان ملكه، وفى ذلك روى أبو عبيد [1] (نهى النبى ﷺ عن بيع الماء إلا ماحمل منه)، لأن حمله إحراز يصير به مملوكا، فيبيعه كما يبيع غيره من الأموال.

---

(١) أبو عبيد هو الإمام الحافظ أبو عبيد القاسم بن سلام البغدادى العالم بلغات العرب، وفيه يقول إسحق بن راهويه: أبو عبيد أفقه منى، ويقول : إنا نحتاج إلى أبى عبيد وأبو عبيد لايحتاج إلينا، فقال أبو داود: هو ثقة مأمون. ولد بهراة سنة ١٥٤ وتوفى سنة ٢٢٤.

الثانى - ماء المجارى والينابيع المملوكة. وهى التى ينفجر ماؤها فى أرض مملوكة، أو يحدثها شخص فى ملكه، أو فى أرض موات له حق إحيائها[1].

فإذا انفجرت عين ماء فى أرض مملوكة لشخص كانت العين ملكا له؛ لأن مكانها قبل انفجارها كان مملوكا له، وكذلك الحكم إذا شق إنسان فى أرضه مروى خاصا به، أو حفر فيها أو فى داره بئرا، فلايكون لغير مالك الأرض ملك فى رقبة المجرى، ولا فى رقبة البئر. ومثل هذا فى الحكم أن يحفر إنسان بئرا فى أرض موات له حق إحيائها، أو يشق مجرى للماء يصله بالنهر فيجرى الماء فيه، فإن هذا البئر أو المجرى يكون ملكا للحافر بحيازته وإحيائه كما سيأتى بيانه، وهذا هو الفرق بين هذه القسم وسابقه، فمكان الماء هنا مملوك كما بينا. ومكانه فى الآخر غير مملوك لأحد لغلبة الماء عليه، وأما الماء فى القسمين فهو شركة إباحة بين الناس، ولايكون مملوكا لمالك مكانه [2] ولا محوزا بحيازة مجراه، لسببين.

الأول - أن هذه المجارى والينابيع إنما أعدت لتكون طريقا لوصول الماء إلى الأرض المحتاجة إليه، ولم تتخذ فى العادة لحيازته، فمثل الماء فيها مثل طير اتخذ له عشا فى دار إنسان، أو ظبى تكنّس [3] فى بستان، فلا يكون الطير ولا الظبى بسبب ذلك محوزا ولا ملكا لصاحب الدار أو البستان.

الثانى - غلبة الماء فيها إلى درجة تحول دون تحقق حيازته، فإن جريانه فيها

---

(١) البئر فى الموات لاتكون ملكا لحافرها عند مالك إلا إذا أشهد بذلك عند حفرها (منح الجليل ج٤ ص٢٦)،

وذهب الحنابلة إلى أن الماء إذا سيق من نهر غير مملوك إلى مجرى مملوك كان ملكا لمالك المجرى، لحيازته بسبب حيازة مكانه (راجع الكشاف ج٢ ص٤١٥) أما إذا ظهر الماء بأرض مملوكة بسبب حفر بئر أو انفجار عين فلا يكون مملوكا لمالك الأرض لقوله عليه السلام: «الناس شركاء فى ثلاثة: الماء والكلأ والنار» ولكن يكون أحق به من غيره، فيأخذ منه حاجته أولا، فإذا اكتفى لايجوز له أن يمنع فضله عن طالبه، ومثله فى هذا الحكم كلأ الأرض المملوكة ومعادنها السائلة (راجع الكشاف ج٢ ص ٤٠٨ و٤٠٩).

(٢) وذهب كثير من المالكية إلى أن ماء هذه الأماكن يكون مملوكا لمالكها لحيازته فيها، ففى منح الجليل (ج٤ص٣٥)، قال ابن رشد: ماكان من الماء فى أرض متملكة سواء أكان مستنبطا، مثل بئر يحفرها مالك الأرض أو عين يستخرجها، أم غير مستنبط أم غير ذلك - فمالك الأرض أحق به، ويحل له بيعه ويمنع الناس منه إلا بثمن، إلا أن يرد عليه قوم لا ثمن معهم، ويخاف عليهم الهلاك إن منعهم فحق عليه ألا يمنعهم منه، فإن منعهم فعليهم مجاهدته كما فى المدونة ا. هـ.

وفى العقد للمالكية أن الماء إذا كان يسيل من الجبال فى أرض موات فهو مشترك. وإن كان يسيل وينبع فى ملك فهو لصاحب الأرض التى ينبع فيها؛ يرسله متى شاء، ويمنعه متى شاء (ج٢ ص١٣٠).

(٣) تكنس الظبى: اتخذ له كناسا ، وهو مأواه من الشجر.

باستمرار ونتوعه[1] فيها على الدوام مادام يسقون منها ـ يجعلها كمجرى متصل بالنهر؛ وذلك لاتصال مائها بماء الأرض بواسطة العين أو بماء النهر الذى تتفرع منه، فكان منبعها شبيها بالكوة تفتح فى حافة نهر عظيم لينصب الماء منها فى مجرى فلا يعد بذلك محوزا.

ويضاف إلى هذين السببين أن الحاجة إلى ماء هذه الأماكن متجددة دون انقطاع فمن خرج مسافرا لايستطيع أن يتزود من الماء كل حاجته، ولابد له فى الطريق الطويلة من أن يستقى من آبارها، وليس فى ذلك ضرر بأصحابها، وفيه حياته وحياة راحلته، فكان من المصلحة أن يجعل هذا الماء مباحا لايمنع منه أحد، بشرط ألا يلحق أصحاب هذه المجارى والآبار ضرر من ذلك.

وهذه المجارى إن أحدثها شخص فى ملكه ليرويه منها أو انفجرت فى ملكه لم يترتب على ذلك وجود حق شرب عليها؛ لأنها هى والعقار المرتفق بها مملوكان جميعا له، وحق الارتفاق إنما يكون لعقار مالكه غير مالك العقار المرتفق، ولكن إذا باع هذا المالك بعض أرضه التى تروى منها مع حقوقها ومرافقها، أو على أن تروى من هذه المجارى، فإن الأرض المبيعة يتقرر لها بالبيع حق شرب على هذه المجارى المملوكة للبائع، دون أن يكون للمشترى ملك فى رقبتها. وقد ينشئها ملاك متعددون فى أرض مشتركة بينهم على أن تروى منها أراضيهم الخاصة غير المشتركة فيكون شركتهم فيها جميعا. وقد لايكون لهم ملك فيها، وإنما يكون لأراضيهم حق شرب عليها، كما إذا اشترى كل منهم أرضا من مالكها على أن يكون له حق الشرب منها وكان إرواؤها المعتاد منها.

هذا فيما يتعلق بحق الشرب منها، أما مايتعلق بحق الشفة، فإنه لايختص بشخص دون آخر، فكما يكون لأصحابها حق الشفة فيها ـ وهم الذين بيّناهم ـ كذلك يثبت لغيرهم من الناس، فيأخذون منها حاجتهم لشربهم وشرب دوابهم واستعمالهم المنزلى، ولايجوز أن يسقوا أرضهم، لما فى ذلك من الضرر بهؤلاء، ولقد ذهب مشايخ بلخ إلى أبعد من هذا، فمنعوا أن ينقل منها الماء للاستعمال المنزلى من وضوء وغسل وسقى لما قد يكون فى أفنية المنازل من أشجار أو زهور؛

(١) نتع الماء من العين كنصر نتوعا: خرج منها قليلا قليلا.

لأن ذلك قد يأتى على أكثر الماء، فيضر بأصحاب الحق فيه، ولكن الصحيح هو الجواز لجريان التسامح فى ذلك، واختاره شمس الأئمة السرخسى [1].

والنتيجة أن هذا النوع من المجارى والينابيع يتقرر عليه حق الشفة لجميع الناس، ويقتصر الشرب منها على مايروى منها من أراضى أصحابها أو غيرها من الأراضى التى لها عليها حق الشرب كما بيَّنا.

ولأن الأساس فى ثبوت الحقوق على مجارى المياه والانتفاع بها - عدم الإضرار بسائر أصحاب هذه الحقوق - فإن الانتفاع بها يتقيد بما يأتى:

١ - يجب المحافظة على حافة هذه الأماكن عند استيفاء الحق؛ لأن فى تخريبها ضررا عظيما لصاحبها إذا كان غير المستوفى، والضرر واجب إزالته، ولذا يكون لصاحبها المنع عندما ترد إليها دواب كثيرة يخشى منها على حافة البئر أو المجرى أن تتخرب، كما يكون له أن يمنع كذلك إذا ماخاف منها لكثرتها أن تأتى على جميع الماء وتقطعه. وهذا هو المعتمد [2] لقوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار».

٢ - إذا كان لهذه الأماكن طريق عام كان على المستقى منها من غير ملاكها أن يسلكه إليها، وليس له أن يجتاز إليها أرضا لصاحب هذه الأماكن أو لغيره؛ لأن فى اجتيازها ضررا بصاحبها لاضرورة إليه، فإن لم يكن الوصول إليها إلا باجتياز أرض لصاحب هذه الأماكن، فإن كان يجد حاجته من الماء فى غيرها من الأنهار العامة وما ماثلها لم يجز له حينئذ أن يسلك هذه الأرض ليستقى مما بها من الماء، لعدم الضرورة إلى ذلك، وإن كان لايجد حاجته إلا فيها لم يكن لصاحب الأرض أن يمنعه من اجتيازها لأخذ حاجته من الماء، فإن منعه قيل له: إما أن تأذن له فى اجتيازها وإما أن تخرج إليه حاجته من الماء. فإن امتنع أجبر على ذلك، كما يجبر

---

(١) هو محمد بن احمد بن أبى سهل ابو بكر شمس الدين السرخسى، عده بعضهم من المجتهدين فى المسائل، وهو تلميذ الإمام الحلوانى توفى فى حدود سنة ٤٩٠، وقيل توفى سنة ٤٣٨. وله كتاب المبسوط أملاه وهو فى السجن باوزجند، وله شرح السِّيَر الكبير أملاه أيضا وهو سجين، وله كتاب فى أصول الفقه وغيرها. حبسه الخاقان بسبب نصحه إياه، وهو منسوب إلى سرخس بخراسان ا. هـ (من الفوائد البهية ص١٥٨).

(٢) ومن العلماء من رأى أن ليس له ذلك عندئذ؛ لأن الدواب لاتردها كل وقت ولا تجىء إليها دائما بهذه الكثرة المخيفة، فيصير انقطاع الماء بسببها فى بعض الأوقات من قبيل قسمته ومهاياته. والله يقول (٢٨ - ٥٤) ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر﴾ اى يحضره صاحبه. ويقول الرسول عليه السلام «الناس شركاء فى ثلاثة : الماء والكلأ والنار».

على إعطاء هذا الماء إذا ما منعه من غير حق حتى كان لطالبه إذا ما اضطر إليه أن يقاتله عليه بالسلاح محافظة على حياته، حكى أبويوسف فى كتابه الخراج أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله، فمنعوهم، وأنهم ذكروا ذلك لعمر بن الخطاب، فقال: إن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تنقطع من العطش، فقال لهم : (هلا وضعتم فيهم السلاح؟) (١).

٣ - إذا كان حق الشرب لأشخاص متعددين وجب أن توزع المياه بينهم توزيعا عادلا، إما بفتحات يفتحونها من مجراه تكون فى السعة متناسبة مع ما لكل منهم من أرض. وإما بالمناوبة الزمانية، مايرونه أعدل وأصلح للزراعة. وتتبع هذه الطريقة أيضا فى القسم السابق إذا ماخيف على حقوق بعض المنتفعين من جور بعضهم.

الثالث - الماء المحرز، وهو ماحازه فى آنية أعدت لذلك، كالصهاريج والحياض والجرار والأنابيب، ومن ذلك: مياه الشركات فى المدن ومياه المجالس المحلية فى البلاد. وهذا الماء ملك لمحرزه، شأنه شأن كل مباح فى امتلاكه بإحرازه، ويدل على ذلك الحديث المتقدم «نهى النبى ﷺ عن بيع الماء إلا ماحمل منه»؛ ذلك لأنه لايحمل إلا فى إناء من زق أو وعاء، وبذلك يحاز فيملك بحيازته، وإذا ملك جاز بيعه، وعلى هذا ليس لأحد أن ينتفع بهذا الماء أى انتفاع إلا بإذن من مالكه، ولكن إذا عطش فخاف على نفسه الهلاك من العطش كان له أن يأخذه جبراً عن مالكه لدفع الهلاك عنه، متى كان مالكه غير محتاج إليه فى الحال لمثل هذه الحالة، ويقاتله عليه لأجله - ولكن بغير سلاح - حتى يحصل منه على مايدفع الهلاك عنه؛ لأن ذلك ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، فلا يجوز تجاوزها.

وإنما لم يجز له أن يقاتله فى هذا الحال بسلاح؛ لأنه إذا فعل فقد يؤدى إلى قتله، ولايجوز لإنسان فى سبيل المحافظة على نفسه ودفع الهلاك عنه أن يقتل غيره فى غير دفاع عن حقه واستيلاء عليه.

وإذن فالفرق بين هذه الحال والحال المتقدمة التى يجوز فيها الحصول على

---

(١) المعاملات لأستاذنا أحمد بك إبراهيم رحمه الله تعالى وأكرم مثواه.

الماء بالسلاح، أنه إنما يقاتل فيها دفعا للهلاك عن نفسه باستيلائه على حقه فيه وحصوله عليه؛ لأنه ماء مشترك غير مملوك، بخلاف مانحن فيه؛ لأنه مملوك، فلا يؤخذ من مالكه بقتله.

وعليه عند ذلك أن يضمن لمالكه قيمة ما أخذ. لأنه مال استهلكه في منفعة نفسه واستولى عليه للضرورة، والضرورة لاتنافي الضمان، فكان حكمه حكم الطعام عند المخمصة يمنعه مالكه ممن خاف على نفسه الهلاك من الجوع، فيؤخذ قهرا عنه ويعطى قيمته [1].

حق المجرى: يراد به حق إجراء الماء المستحق من أرض إلى أرض أخرى لسقي ما بها من الشجر أو الزرع. ويكون هذا الحق مقررا على مجرى في أرض لشخص ليمر الماء إلى أرض لشخص آخر، وقد يكون ملكا لصاحب الأرض التي هو فيها. وذلك كثير، وقد يكون ملكا لصاحب الشرب وهو قليل، وقد يكون مشتركا بين منتفعين كثيرين، وقد بيّنا ذلك في حق الشرب. وعلى أية حال فليس لصاحب الأرض أن يمنع مرور الماء من هذا المجرى، ولا أن ينقله من مكانه إلا برضا أصحاب الحق فيه، وله مطالبتهم بإزالة الضرر البين الذي يصيبه منه بسبب نزّ جانبيه، فيزال بتعميقه وإمرار الماء فيه بقدر، أو بتقوية جانبيه حتى لاينزّ الماء فيتلف ما عليهما من الأرض والزرع أو بغير ذلك.

ويستتبع حق المجرى حق مرور المنتفع على حافته لإصلاحه وكريه وإزالة مايعوق سير الماء فيه، وليس لصاحب الأرض حينئذ منعه، وليس للمنتفع أن يزرع على حافته شجرا إذ ليس له إلا حق إمرار الماء فقط، وكذلك ليس له أن يسكره[1] إلا برضا بقية المنتفعين، فإن أبوا عليه ذلك ولم يصل الماء إلى مستوى أرضه لعلوها، رفعه إليها بآلة ينصبها في أرضه لا في أرض غيره.

---

(١) غير أن امتلاك الماء بالإحراز لا يدفع عنه شبهة حق غيره فيه، وذلك لعموم الحديث الدال على الاشتراك فيه، فإن لفظ (الماء) جاء فيه عاما يعم كل ماء حتى المحرز، ولكنه خصص بدليل أفاد أن المراد به غير المحرز، وهو الحديث الدال على جواز بيع ماحمل منه. فتج عن ذلك شبهة تسقط الحد في سرقته، فإذا سرق منه إنسان مقدارا لاتقل قيمته عن عشرة دراهم لم يحد، لجواز اشتباهه، وظنه أن له حقا فيه بمقتضى الحديث الدال على اشتراك الناس فيه.

(٢) سكر المجرى: كقتل ، سده.

حق المسيل: هو حق صرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح بإسالته فى مجرى سطحـى أو فى أنابيب أعدت لذلك، حتى يصل إلى مقـره من مصرف عـام أو مسـتودع سـواء أكـان مصـدر هذا الماء أرضا زراعـيـة أم منزلا للسكنى أم مصنـعا، وسواء أكـان هذا الماء من أمطار أم فـاضلا من السقـى، أم متخلـفا عن استعمال. وقد يكون المسيل فى ملك خاص، كأن يثبت الإنسان حق إمرار فضلات منزله من مـجرى فى ملك جـاره، ظاهرا كان ذلك المجـرى أو مسـتتـرا فى باطن الأرض، الشرب يكون فى مـرفق عام، كـما إذا كان هذا المجـرى فى طريق عام، ظاهرا أم مستترا كذلك، وقد يكون المسيل مملوكا لصاحب الحق، وقد يكون مملوكا لصاحب الأرض أو الدار المار فيها.

وإذا ثبت هذا الحق على عـقـار لم يجز لمالكه أن يعـارض فـيه ويمنعـه عن صاحبه إلا إذا ترتب عليه ضرر بين كما تقدم. ثم لايبطل هذا الحق بتغير حال هذا العقار، فـإذا كان فى دار فحولها مـالكها إلى أرض زراعية أو بسـتان، أو كان فى بستان فبناه صاحبه دارا لم يمنع ذلك صاحب الحق من حقه، فيستمر على تصريف مياهه بما ينشئه فـى العقار من مجرى أو يمد فيه من أنابيب تصل بهـا إلى مستقرها النهائى، لأنه حق ملازم للعين أنَّى ذهبت، وكيف كانت.

ونفقات إصلاح المسيل - سواء أكان ملكا لصاحب الحق أم ملكا لغيره - على من له حق الانتـفاع به، فإن احـتاج فى إصـلاحه إلى دخـوله ملك غيـره لم يجز للمالك أن يمنعه من الدخـول، فإن منعه ألزم باختيار أحد أمـرين: فإما أن يمكنه من الدخول للإصلاح، وإمـا أن يقوم هو بإصلاحه من مـاله حتى لايُمنع ذو حق من حقه.

وعلى هذا فالفرق بين المسيل والمجرى: أن المسيل لتصريف الماء غير الصالح والمجرى لجلب الماء الصالح، وتكاد تكون أحكامهما واحدة.

حق المرور: هو حق مـرور الإنسان إلى ملكه من طريق عـام، أو من طريق خاص فى ملك غيره، سواء أكان مملوكا له ومـخترقا أرض غيره أم مملوكا لصاحب الأرض المار فيـه، وحق المرور من الطريق العام ثابت لجـميع الناس، ولأصـحاب العقار المتصل به حق الارتفاق به، فيفـتحون فيه مايشاءون من أبواب ونوافذ دون

أن يكون لأحـد من الجيـران حق الاعتـراض على ذلك، سـواء أكان ذلك إنشـاء وإحداثا أم إعادة وتجديدا لمـا كان من قبل، ولا يجوز لأحد أن يحدث فـيه مايعوق المرور أو يضيق من سـعته من إنشـاء حانوت أو إقامـة بناء أو حواجز مـاكان ذلك ضارا، باتفاق بين أئمتنا الثلاثة.

فإن لم يتـرتب عليه ضرر كـان إحداثه جائزا بشـرط إذن ولى الأمر عند أبى حنيفـة، فإن أحدثه أحـد بلا إذنه منع من ذلك، وكان حق المنع عامـا يقوم به أى إنسان، فيخاصمه فى ذلك أمام القضاء قبل الإحداث وبعده، لأن الانتفاع بالطريق معـروف، فإذا تجاوزه إنسان من غـير إذن ولى الأمر كان للناس منعـه، وإلا كانت الفوضى وتحقق الضرر.

وقال أبو يوسف : للناس أن يـمنعوه من ذلك ابتداء إذا مـا أراد أن يفعل، فإذا تركـوه حتى فعل لم يرفع مـا أقامه، لثـبوت يده وسبقـها إلى الانتفـاع بمباح. ولاضرر على الناس من بقائها.

وقال محمـد : المناط عدم الضرر، فإذا لم يكن ضرر فـلا وجه للمنع ابتداء ولا بقاء لأن الارتفاق بالطريق حق مشـروع للناس، وهذا نوع منه، فيكون مأذونا فيه من الشـارع، ولا حاجة إلى استئذان ولى الأمـر مع وجود إذن الشارع، وإذن فلا وجه عند عدم الضرر.

وأصلح الآراء عندى: رأى الإمـام؛ لأن التمـييـز بين الضـار وغيـره مثـار للخلاف والنزاع، فلابد من الرجوع إلى ولى الأمر لاستئذانه، لأنه لا يأذن بما يضر الناس، فتنقطع بذلك أسباب الخصومة.

أما الطريق الخـاص فقد يكون لـصاحب الحق فيـه أن يمر بنفسـه فقط دون دوابه، أو يمر فيـه مع دوابه، وقد يكون الطريق مملوكا لصـاحب الحق ولكنه يمر وسط ملك غيـره، وقد يكون مملوكـا لصاحب الأرض التى يخـترقهـا، وقد يكون الارتفاق به لشخص واحد، وقد يكون لعدة أشخاص.

فإذا كـان لعدة أشـخاص كان الانتـفاع به مـقصورا عليـهم، فلكل منهم أن يرتفق به بفتح مايشاء من أبواب ونـوافذ، وليس لغيرهم ذلك، ولو اتصلت داره بهـذا الطريق، وليس لأحـدهم أن يرتفق به على غـير الـوجه المعـروف، إلا بإذن

الشركاء معه؛ لأن حكمه حكم المال المشترى. ولا يعد قيام أحدهم بسد نافذة تطل عليه تنازلا منه عن حقه فى إعادتها. بل يكون له الحق فى إعادتها، كما يكون لغيره ممن يتلقى الملك عنه، وليس لهم أن يتفقوا جميعا على سد الطريق أو إزالته؛ لأن فى ذلك اعتداء على حق ثبت للعامة فيه بمجرد إنشائه وفتحه، وهو حق التجائهم إليه عند الزحام، فإن لم يثبت هذا الحق للعامة ابتداء بسبب منعه عن الطريق العام بإقامة باب عليه، كان حكمه حينئذ حكم المال المشترك، وكان لهم حينئذ إلغاؤه وإزالته.

التعلى: هو أن يكون لإنسان حق فى أن يعلو بناؤه بناء غيره، ويتحقق ذلك كما تقدم فى دار لها سفل وعلو، فيبيع صاحبها علوها لآخر، أو يبيع أرضها وسفلها لشخص آخر، فيكون السفل لمالك، والعلو لمالك آخر[1] ويكون للعلو حق القرار والبقاء على ذلك السفل، دون أن يتملك سقفه؛ لأنه يكون ملكا لمالك السفل فى جميع الأحوال، إذ إنه جزء من سفله ومتمم له، ولا يعد مسكنا إلا به.

وكذلك يتحقق فى دار مكونة من ثلاث طبقات فأكثر يبيعها مالكها لثلاثة أشخاص فأكثر لكل شخص طبقة من طبقاتها، فيكون للأعلى حق التعلى والقرار على من يليه، ولمن يليه حق التعلى والقرار على من يليه، وهكذا إلى أرضها. ويكون سقف كل طبقة مملوكا لمالكها، وللمستعلى عليه حق الانتفاع به فقط.

وحق التعلى نوع من حق القرار كما هو ضرب من الجوار، فإن حق القرار كما يثبت بإجارة أرض ليبنى عليها على أن يكون للبانى حق القرار والبقاء مادام يدفع أجرها، يثبت كذلك بما قدمنا من بيع علو لآخر فيكون للبناء المستعلى حق القرار على السفل.

وإذن فحق القرار إما أن يكون حق قرار وبقاء على أرض وهو المعروف بالحكر، وإما أن يكون حق قرار وبقاء على بناء وهو حق التعلى.

كذلك الجوار قد يكون جوارا جانبيا، وقد يكون جوارا علويا أو رأسيا كما

---

(١) قال فى البحر (ج٥ ص٣٢٠) وفى الظهيرية: لو باع سفلا على أن له حق قرار العلو عليه جاز. وراجع كذلك البحر (ج٦ ص١٤٨) فى باب الحقوق.

تسميه، فالجانبى يكون بين دارين متجاورتين فى الأرض. والعلوى أو الرأسى يكون بين بناءين أحدهما فوق الآخر.

وهذا الحق لايثبت عند الحنفية إلا ضمن بيع علو قائم بناؤه، فلا يباع حق التعلى استقلالا، لأن بيعه استقلالا غير صحيح عندهم؛ لأنه ليس بمال.

وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز بيعه استقلالا، وإذن يثبت بيعه استقلالا كما يثبت فى ضمن بيع بناء العلو، وإذا بيع استقلالا عندهم، فقد يباع والسفل قائم، فيحدد عندئذ العلو المباع بأنه علو السفل أو علو ناحية معينة منه، وقد يباع قبل وجود السفل، فيوصف فى العقد ماسيبنى من سفل، ويحدد ويقدر مايباع من علوه، ويبين كل ذلك بيانا لايكون معه نزاع.

وهو حق دائم لايسقط بانهدام كل من العلو أو السفل ولا بهدمهما، فإذا انهدم العلو كان لصاحبه ولوارثه من بعده تجديده، وليس لصاحب السفل أن يطالب بإعادته على القول الصحيح؛ لأنه لا منفعة له فى ذلك [1].

---

(١) إذا انهدم السفل فجدده صاحبه علاه الآخر بالبناء دون أن يكون له حق الرجوع على صاحب السفل بقيمة ماانهدم من علوه، إذا كان انهدام السفل من غير تعد منه، أما إذا كان بتعد منه فإنه يضمن لصاحب العلو قيمة ما سقط من بنائه. وإن لم يجدده فلذلك حالتان:.

الحالة الأولى: أن يكون انهدام السفل بغير تعد من صاحبه، كأن يسقط بزلزال أو لوهن بسبب بلى، وعند ذلك لايجبر صاحبه على إعادته، إذ لا يجبر إنسان على عمارة ملكه، ولم يتعد على حق صاحب العلو حتى يجبر على إحيائه. ولكن يكون لصاحب العلو أن يعيد ماسقط من السفل بإذن من صاحبه، أو بإذن من القاضى إذا ما أباه عليه صاحب السفل. فإذا أذن فأعاده رجع على صاحب السفل بما أنفق؛ لأنه بالإذن صار وكيلا عنه فى الإنفاق على إعادته. فإن كان الإذن منه فالأمر بين، وإن كان من القاضى فقد قام القاضى مقامه فى إصدار هذا الإذن بما له من ولاية عامة فى رفع المظالم

وإن أعاده من غير استئذان ففى حكمه اختلف النظر:

١ - فذهب الحنفية إلى أنه يعد متبرعا ما لم يمنعه من الاستئذان عذر، وعلى ذلك يكون بعض مايجدده من السفل ملكا لصاحب السفل ولايرجع عليه بشىء مما أنفق عليه، إذا كان فى مكنته أن يستأذن ولم يفعل، وأما إذا منعه من الاستئذان عذر من الأعذار فلا يعد متبرعا لاضطراره حينئذ إلى البناء ليصل إلى حقه، ويرجع حينئذ على صاحب السفل بما أنفق (راجع الخانية والبزازية فى باب الحيطان).

٢ - وذهب بعضهم إلى أنه لايعد فى الحالين متبرعا. لاضطراره إلى البناء بسبب أنه لايصل إلى حقه إلا به، ويكون مايقيمه من البناء ملكا له، إذ لايمكن اعتباره وكيلا عن صاحب السفل فيه، لأنه غير مأذون بإعادته. ولما كان بقاء السفل حينئذ مملوكا لصاحب العلو على أرض مملوكة لغيره إلى غير أمد لايتفق مع حقوق مالك الأرض وهو صاحب السفل، كان لصاحب السفل أن يتملكه باعتباره تابعا لأرضه جبرا عن صاحب العلو، فيتملكه بقيمته وقت بنائه؛ لأنه يستحق تملكه من هذا الوقت، وقال آخرون: يتملكه بقيمته وقت الرجوع عليه؛ لأنه =

تصرف كل من صاحب العلو والسفل في حقه : ولاتصال كل من صاحب العلو والسفل بصاحبه وتعلق حق كل منهما بملك الآخر [٢] - يتقيد تصرف كل منهما في ملكه بألا يضر بصاحبه، فلا يزيد صاحب العلو بناءه فيوهن السفل، ولايفتح صاحب السفل في بنائه فتحات تضعفه وتضره فلا يقوى على حمل العلو.

وقد قسم الفقهاء التصرف الذي يصدر منهما ثلاثة أقسام:

الأول - التصرفات التي تضر أحدهما ضررا محققا كأن يهدم صاحب السفل بعض عمده، أو يرفع جدره، أو يبني صاحب العلو بناء لايقوى السفل على حمله، وهذا النوع ممنوع أن يباشره كل منهما. فإذا فعله أحدهما كان ضامنا لما يترتب على فعله من تلف.

الثاني - التصرفات التي لايترتب عليها ضرر بأحدهما: كدق مسمار صغير في جدار. وكقيام صاحب العلو بدهن بنائه، وقيام صاحب السفل بإدخال النور الكهربائي فيه، وهذا النوع لكل منهما أن يباشره في ملكه دون أن يكون للآخر أي اعتراض عليه.

= وقت التملك فعلا، وهذا هو الأصح المختار للفتوى (راجع رد المحتار آخر باب الشركة).

٣ - وذهب فريق ثالث إلى أن صاحب العلو إنما بنى السفل مضطرا ، وذلك كاف في اعتباره حكما بمنزلة الوكيل عن صاحب السفل في الإعادة. وليس في ذلك إضرار بأحدهما. فإن صاحب العلو يتمكن من الوصول إلى حقه بلا عنت، وصاحب السفل يتملك السفل بقيمته التي انفقت عليه، وعلى ذلك يرجع صاحب العلو على صاحب السفل بجميع ما أنفقه في الإعادة (راجع البدائع).

وإذا أراد صاحب العلو أن يتملك الأرض من صاحب السفل في هذه الحال بدون رضاه لم يكن له ذلك؛ لان الأرض أصل ولا يكون الأصل تابعا لفرعه وهو البناء (راجع الخانية).

الحالة الثانية : أن يكون انهدام السفل بفعل من صاحبه، وعند ذلك يجبر صاحب السفل على إعادته لتعليه، ويضمن لصاحب العلو قيمة ماسقط من علوه قائما كما تقدم. فإن أعاده صاحب العلو في هذه الحالة بلا إذن اعتبر متبرعا لإقدامه على فعل يستطيع أن يلزم ذا الشأن فيه بتنفيذه، وذلك بالرجوع في ذلك إلى القضاء بخلاف الحالة الأولى.

وليس ببعيد أن يتجه النظر إلى أن صاحب العلو لا يعد متبرعا في هذه الحال أيضا، لأنه مابنى إلا ليصل إلى حقه، فيكون شأنه شأن اى بان في ملك غيره، أو شان مستحق السكنى إذا قام بعمارة الدار الموقوفة على سكناه، وعلى ذلك يكون مايبنيه ملكا له ولصاحب الأرض أن يتملكه إذا أراد. وفي حالة رجوع صاحب العلو على صاحب السفل بشيء مما أنفق يكون لصاحب العلو أن يمنعه عن سفله حتى يؤدى إليه ماعليه، وإذا امتنع صاحب السفل من أداء ذلك، كان لصاحب العلو أن يستغل السفل بإذن القاضي، على أن يحتسب غلته مما أنفق حتى يستوفي حقه فإذا استوفاه سلم إليه (راجع الخانية).

(١) أما تعلق حق صاحب العلو بالسفل فظاهر، وأما تعلق حق صاحب السفل بالعلو، فلأنه يمنع عنه المطر وتأثير الشمس في سقفه.

الثالث ـ التصرفات التى يشك فى نتائجها، فلا يدرى على وجه العلم أيحدث منها ضرر أو لا، كأن يقوم صاحب السفل بفتح نافذة فيه، أو يقوم صاحب العلو بوضع أثقال فى حجرة منه. وهذا النوع تجوز لهما مباشرته عند الصاحبين خلافا لأبى حنيفة.

ويرجع الخلاف فى ذلك إلى اختلافهم فى الأساس الذى يرجع إليه فى الحكم على تصرف كل منهما.

فعندهما: أن الأصل فيه هو الإباحة؛ لأن كلا منهما يتصرف فى ملكه، فلا يمنع من تصرفه إلا إذا وجد المانع منه، وهو الإضرار بحق غيره على وجه التحقيق، ولذا منع مما يضر، ولم يمنع من غيره، وهو ماجهل أثره، وما علم عدم ضرره.

وعنده: أن الأصل فيه هو المنع؛ لأن كلا منهما يتصرف فى ملك تعلق به حق صاحبه، فلا ينفذ تصرفه إلا إذا تحقق عدم الإضرار بحقه. ولذا منع مما يضر ومما جهل أثره، ولم يمنع مما علم عدم ضرره. وبناء على ذلك فالتصرفات التى يشك فى نتائجها غير جائزة عنده. لعدم التحقق من وجود المسوغ للتصرف، وهو عدم الإضرار بالغير قطعا[1].

---

(١) حكم التصرف فى حقوق الارتفاق السابقة: يجوز التصرف فى رقبة كل المجرى أو المسيل أو الطريق أو العلو، إذا كانت مملوكة لصاحب حق المجرى أو حق المرور أو حق التعلى ولأنه فى هذه الحال من الأعيان أو من المال، فيجوز التصرف فيها كما يجوز التصرف فى الأموال، فتباع وتوهب وتؤجر ويوصى بها إلى غير ذلك.

وإذا لم تكن الرقبة مملوكة لصاحب الحق بأن كان له حق إسالة الماء فقط. أو كان له حق المرور فقط، فإن حصل التصرف فيها تبعا للتصرف فى الأرض المرتفقة بها، بأن يبيع حق الشرب أو حق المرور أو المسيل مع المنفعة كالإجارة والوقف والوصية بالمنافع، فإنها لاتحتاج فى تضمن العقد لها وشموله إياها إلى نص عليه، فيشملها العقد من غير نص؛ لأن الغرض منه أن ينتفع بالعين فى الحال، ولايتم ذلك على الوجه المقصود إلا مع دخول هذه الحقوق، فيشملها العقد حينئذ لاقتضائه دخولها.

وإذا كان التصرف من العقود التى يكون المقصود منها تمليك العين، مثل البيع والهبة والصدقة، فإنه لايتضمنها إلا بالنص عليها، كأن يقول البائع: بعتك هذه الأرض بحقوقها أو بمرافقها أو ما أشبه ذلك، فإن لم ينص عليها لم تدخل فى العقد، وبقيت فى ملك البائع مجردة عن العين، وإنما لم تدخل من غير نص لأن العقد لايقتضيها، إذ قد يكون الغرض منه التملك والاحتفاظ بالعين للتجارة والربح، وذلك يتحقق بغير هذه الحقوق، وبهذا يتبين أنها قد تملك مجردة من عين منتفعة بها.

وإن حصل التصرف فيها استقلالا، أى منفردة عن العقار المنتفع بها. فإن كان هذا التصرف بإسقاطها صح؛ لأنها تقبل الإسقاط وإن كان بتمليكها بطريق البيع أو الهبة أو الصدقة لم يجز عند الحنفية؛ لأنها ليست بمال عندهم، =

حقوق الجوار: نريد بالجوار هنا: الجوار الجانبى، وهو الناشئ عن الملاصقة بالحدود وحقوقه تقوم على منع مالك العقار من أن يضر بجاره ضررا بينا فاحشا فى سبيل انتفاعه بملكه، وهى موضع خلاف بين العلماء، فأبوحنيفة وأصحابه لايرون أن يتقيد مالك فى انتفاعه بملكه لأجل مصلحة جاره، فإن مقتضى الملك التام أن يكون للمالك كمال الاختيار فى كيفية انتفاعه بملكه على الوجه الذى يريد مادام خالصا من تعلق حقوق غيره به، فله أن يفتح فيه ماشاء من النوافذ، وأن يهدم ماشاء من جدره، وأن ينشئ به مايشاء من مصانع، وأن يحفر فيه مايرى من آبار، وأن يتخذه مسكنا أو متجرا أو مصنعا ترتب على ذلك ضرر بجيرانه أم لم يترتب، وإلى هذا ذهب الشافعى وأحمد[1].

وعدم إلزام المالك أمام القضاء بأن يتجنب كل انتفاع يملكه يضر جاره لايعفيه من المسئولية الدينية والأدبية والخلقية، فإن رعاية الجار والإحسان إليه من

= وذهب بعضهم إلى جواز بيع كل من حق المرور وحق الشرب دون حق المسيل لتعارف الناس ذلك، والأول أصح لأنه ظاهر الرواية.

وأجاز المالكية بيع هذه الحقوق استقلالا، وهو ما ذهب إليه الحنابلة (راجع كشاف القناع ج٢ ص٢٠٠) كما أجازوا إنشاءها نظير بدل، وقد ذكرنا ذلك. ولقد أجازوا كذلك بيع أجزاء منها معلومة، كثلث ونصف إذا ماقبل الحق التجزئة، كحق الشرب، فيجوز لمالكه أن يبيع نصفه أو ثلثه وهكذا. (راجع البهجة ج٢ ص١٦).

وإن كان تمليكها بطريق الإجارة لم يجز عند الحنفية كذلك للجهالة الفاحشة وعدم قبول الحقوق أن تؤجر على الانفراد لهذه الجهالة، ولعدم ولاية صاحبها على محالها؛ لأنها فى ولاية غيره، وكذلك لاتصح أجرة فى عقد الإجارة عندهم؛ لأن الأجرة فى عقد الإجارة كالثمن فى البيع، وهى لاتصلح ثمنا، لأنها ليست بمال. ومقتضى ماذكره صاحب البدائع أن هذه الحقوق لاتقبل أن تملك لغير مالكها استقلالا، سواء أجرتها أم جعلتها أجرة فى إجارة أم جعلتها بدل صلح أم جعلتها بدل قصاص أم جعلتها مهرا أم بدل خلع؛ لأنها حقوق مجردة، وهى لاتقبل أن تملك مفردة غير تابعة لغيرها (راجع البدائع ج٦ ص١٨٩، ١٩٠).

وهذا فى غير حق التعلى، أما حق التعلى فلا يجوز بيعه ولاتمليكه استقلالا من غير البناء عند الحنفية؛ لأنه ليس بمال، خلافا للمالكية والحنابلة كما تقدم.

وقد اتفق الفقهاء جميعا على أن هذه الحقوق تقبل التوارث، سواء أكانت تابعة للعقار المنتفع بها أم منفردة عنه، فتنتقل بالموت إلى ورثة مالكها كما تنتقل الأعيان؛ لأن الوراثة خلافة قهرية بحكم الشارع، وليست من قبيل التمليك الاختيارى. وكذلك اتفقوا على صحة الوصية بها لأنها تشبه الميراث من ناحية أن التملك فيها لايكون إلا بعد الموت، ولذا قالوا: إن الوصية أخت الميراث أى مثله فى الأحكام، فما يجوز فيه التوارث تجوز فيه الوصية فإذا أوصى صاحب الشرب لصديق له بأن تسقى أرضه من شربه. جاز ذلك وكان للموصى له سقى أرضه، وينتهى حقه بوفاته، لأنها وصية بمنافع، وهى تنتهى بموت المنتفع، كما نص على ذلك صاحب البدائع فى الموضع السابق، وكان مقتضى قولهم: إن الوصية أخت الميراث، ولكنهم لم يجوزوا ذلك لأنها ليست بمال (راجع البدائع فى الموضع السابق، والزيلعى ج٦ ص٤٣ وغيرهما).

(١) وإذا فعل شيئا من ذلك فسقط بسببه بناء جاره، فإن كان سقوطه نتيجة مباشرة لما فعل، ضمن لجاره قيمة التلف ـ كما سيأتى ـ وإن كان عن طريق التسبب لم يضمن؛ لأنه إنما باشر حقا من حقوقه. فلم يكن متعديا، وهذا هو ظاهر الرواية.

الفضائل الخلقية التى جاء بها الدين، فقد قال عليه الصلاة والسلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره» وقال: «والله لايؤمن - قالها ثلاثا - قالوا: من يارسول الله؟ قال: الذى لايأمن جاره بوائقه» أى شروره. وإذن فمن الدين وحسن الخلق أن يتصرف الإنسان فى ملكه بما لايؤذى جاره، ولكن ذلك أمر لايتدخل فيه القضاء.

وذهب المتأخرون من علماء الحنفية إلى ماذهب إليه مالك، فمنعو الجار أن يتصرف فى ملكه تصرفا يضر بجاره ضررا فاحشا، لقوله ﷺ: «لاضرر ولاضرار» ولأن الناس لسوء أخلاقهم ونقص دينهم تركوا ما أوجبه عليهم الدين خلقا وأدبا من رعاية جانب الجار، فوجب حملهم على ذلك بسلطان القضاء، وإلا عمت الفوضى وساءت الحال، والضرر البين الفاحش مما يكون سببا لسقوط بناء الجار، أو لوهنه أو لأذى الجار أذى بالغا على وجه دائم، كأن يحول إنسان داره إلى مصنع للحديد يطرق فيه طرقا شديدا، فيقض مضجع جاره، ويوهن بناءه، أو يمنع الضوء عن جاره إلى درجة يتعذر فيها مزاولة أعماله بسبب بناء يقيمه، أو يتخذ داره مطحنا تضطرب لأصواته أعصاب جاره، فلا يستطيع النوم ولا يجد الراحة، أو يفتح على ساحة جاره نوافذ تتكشف بها نساؤه، أو نحو ذلك.

وهذا الرأى استحسان عندهم، فإذا فعل المالك شيئا من ذلك منع منه، وأمر بإزالته وكان ضامنا لما يترتب عليه من تلف بدار جاره فى رأيهم، سواء أكان هذا التلف نتيجة مباشرة لفعله أم حدث تسببا عنه [1].

وإذا كان شىء من ذلك قديما قبل الجوار، فجاء شخص وأقام بجواره منزلا لم يكن له أن يطالب بإزالته، لأن إقدامه على هذا الجوار رضا منه بالحالة الموجودة، فطلب تغييرها عنت لا يجاب إليه.

---

(١) وأساس ذلك ما فى مجمع الضمانات: إذا دق رجل فى داره شيئا، فسقط بسبب ذلك شىء من دار جاره فتلف ضمنه لجاره، كالقصار إذا دق الثياب فى حانوته لأجل تبييضها فسقط لذلك جدار من دار الجار فإنه يضمنه، وإن لم يكن فى ذلك متعديا؛ وسبب ذلك أن التلف إذا ماترتب على الفعل مباشرة ضمن الفاعل ماتلف، سواء أكان متعديا فى فعله أم لا، وإن ترتب سببا لم يضمن إلا عند التعدى فى الفعل. فإذا أدخل إنسان فى داره دواب فضربت بأرجلها جدار الجار فسقط، لم يضمن لجاره شيئا، فإن هذا التلف قد تسبب عن إدخال الدواب، ولم يكن صاحب العقار متعديا فيه، وقد سئل ظهير الدين عمن حفر فى داره بئرا أو اتخذ فيها بالوعة، فوهن من ذلك حائط جاره فسقط، فقال: لايضمن، قال صاحب المجمع: ذلك مبنى على ظاهر الرواية، لأن ظهير الدين كان يفتى به، ومقتضى ذلك أن يفتى فى هذه الحال بالضمان بناء على مااستحسنه متأخرو الحنفية.

خلاصة الباب

النوع الثانى من ملك المنفعة: فى هذا النوع تكون المنفعة المملوكة متعلقة بالعين المقررة عليها ومرتبطة بها، ولا يكاد ينظر فيها إلى شخص المتنفع بها، وتشمل - على وجه الحصر - الحقوق الآتية:

حق الشرب - حق الشفة - حق المجرى - حق المسيل - حق المرور - حق التعلى - حق الجوار. ومن هذه الحقوق مايكون مقررا على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول، ويسمى حينئذ حق ارتفاق، ويشمل: حق الشرب وحق المجرى، وحق المسيل، وحق المرور، ويمتاز بأنه حق دائم بالنسبة لمالك الأرض المتنفع بها، لا بالنسبة لمالك الأرض المنتفعة، ويقبل التوارث، كحق التعلى.

أسباب ثبوت هذه الحقوق:

١ - الشركة العامة فى المرافق العامة، فلكل أرض اتصلت بمروى عام، أو دار اتصلت بطريق عام - حق ارتفاق على المروى، فتسقى منه الأرض، أو حق مرور على الطريق العام فيمر فيه القاصد إلى الدار.

٢ - اشتراطها فى عقد معاوضة مالية إذا جرى العرف بذلك، فإذا بيعت قطعة من أرض على أن يكون لها حق إمرار ماء السقى على الباقى من الأرض كان لها حق المجرى على الباقى من الأرض بعد البيع.

٣ - الانتفاع بالأرض المباحة فى حق من هذه الحقوق.

٤ - قدم الحق عند الجهل بسببه.

٥ - شراء العلو القائم، فيثبت لمشتريه حق التعلى على البناء الأسفل.

٦ - الجوار، فيثبت للجار على جاره ألا يؤذيه أذى بالغا عند انتفاعه بملكه.

شرط بقاء هذه الحقوق:

والقاعدة العامة لبقاء هذه الحقوق: ألا يترتب على بقائها ضرر بين بأحد، وإلا وجب إزالة منشأ هذا الضرر، كمسيل قذر على طريق عام.

حق الشرب والشفة:

لبيان أحكام هذين الحقين يجب قسمة مايتعلقان به - وهو الماء - ثلاثة أقسام:

الأول - ماء المجارى العامة كنهر النيل، وللناس أن ينتفعوا بمائه وبماء أمثاله حسب مايشاءون بشرط ألا يطغى بعضهم على بعض، فلهم حق الشفة، وهو أخذ مياهه لشربهم وشرب دوابهم واستعمالهم المنزلى بوجه عام، ولهم حق الشرب، وهو سقى أراضيهم وأشجارهم.

الثانى - ماء المجارى المملوكة، وانتفاع مالك المجرى بهذا الماء كانتفاعه بماء المجارى العامة. أما انتفاع غيره فيقتصر على حق الشفة بشرط ألا يضر بمالك المجرى.

الثالث - الماء المحرز فى الأوانى، وهذا النوع يعد من المال المملوك، فلا ينتفع به أحد سوى مالكه، وإذا أراد الانتفاع به إنسان فعن طريق مالكه.

حق المجرى : هو حق إمرار الماء من أرض إلى أخرى لسقيها، فليس لصاحب الأرض المقرر عليها هذا الحق أن يمنع مرور الماء إلى الأرض الأخرى، وله المطالبة برفع الضرر الناشئ عن مرور الماء، وعلى صاحب الحق إزالة هذا الضرر، ويتبع هذا الحق حق المرور على حافة المجرى لإصلاحه.

حق المسيل: هو حق إسالة الماء الزائد عن الحاجة فى مجراه المعد له إلى مستقره المعهود ولا يؤثر فيه تغيير صفة الأرض المرتفق بها وهو فى الحكم كحق المجرى، غير أن المجرى لإسالة الماء الصالح، والمسيل لإسالة غير الصالح.

حق المرور: هو حق مرور الإنسان إلى ملكه، وقد يكون من طريق عام أو من طريق خاص، فإن كان من طريق خاص لم ينتفع به إلا بالمرور على الوجه الذى تقرر له من مروره وحده أو بدوابه، ولا يتجاوز ذلك الانتفاع إلا بموافقة سائر المنتفعين به.

وإن كان فى طريق عام لم يتجاوز فى الانتفاع به المرور منه إلا إذا كان انتفاعا غير ضار، وقد أذن به ولى الأمر عند أبى حنيفة، وإلا منع من ذلك.

حق التعلى: هو أن يكون لإنسان الحق فى أن يعلو ببنائه بناء غيره، ويثبت هذا بشراء العلو القائم عند الحنفية، ويثبت كذلك عند المالكية بشراء نفس علو السفل الموجود فيتقرر الحق على هذا السفل، وهو دائم لا يسقط بانهدام البناء الأسفل، بل يكون لصاحب الحق أن يجدد بناءه بعد إقامة البناء الأسفل، وليس لمالك أحد البناءين أن يتصرف فى بنائه تصرفا يضر ببناء الآخر، وكذلك ليس له من التصرف ما جهلت نتيجته عند الإمام خلافا لصاحبيه.

حق الجوار: نريد به ألا يضر جار بجاره لقوله عليه الصلاة والسلام: «لاضرر ولا ضرار»، فلا يفتح جار على منزل جاره منافذ تنكشف بها نساؤه، ولايحول جار داره إلى مصنع تؤذى أصواته جاره، ولايحدث بها بالوعة تتسرب منها المياه إلى جدر جاره فتوهنها، إلى غير ذلك، وهذا رأى المالكية ومتأخرى الحنفية.

وذهب أبو حنيفة وصاحباه والشافعى وأحمد إلى أن المالك لايتقيد فى ملكه بذلك؛ لأن انتفاعه بملكه حق من حقوقه، فلا يحول دون ذلك أحد.

باب أسباب الملك التام

يستفاد الملك التام بسبب من الأسباب الآتية:

(أ) بوضع اليد على المال المباح، وإن شئت قلت : بحيازته والاستيلاء عليه.

(ب) بالميراث، وإن شئت قلت: بوفاة المورث بالنسبة إلى الوارث.

(جـ) بأحد العقود الناقلة للملكية.

١- حيازة الأموال المباحة أو وضع اليد عليها:

يمتاز هذا السبب عن السببين الآتيين بثلاثة أمور:

الأول - أنه سبب منشئ للملكية، فيوجدها بعد أن لم تكن، بخلاف السببين الآتيين فإن الملكية تكون ثابتة قبل تحققهما، وبهما تنتقل من شخص إلى آخر. فالبيع ينقل المبيع من ملك البائع إلى ملك المشترى، والميراث ينقل المال الموروث من ملك المورث إلى ملك الوارث. أما التملك بوضع اليد على المال المباح أو بحيازته، فإنه يثبت ابتداء بوضع اليد، وقد كان المال قبل الاستيلاء عليه غير مملوك لأحد، وبه صار ملكا للمستولى، فالصائد إذا ماصاد سمكة ملكها بالصيد، ولم تكن قبل الصيد ملكا لأحد. وبهذا يتبين أن الحيازة أساس لكل ملكية وجدت ابتداء فى هذا الوجود. إذ كانت جميع الأشياء مباحة لايملكها أحد، ثم تملكها الناس بالحيازة، ثم تصرفوا فيها بالبيع وغيره وتوارثوها كذلك.

الثانى - أنه مختص بالأموال المباحة، فلا يفيد ملكا فى الأموال المملوكة، سواء أكانت عقارا أم منقولا ، فإذا وضعت يدك على مال مملوك لإنسان، لم تملكه بوضع اليد عليه وإن طال، وعلى ذلك : إذا وجدت ساعة أو قلما فى مكان الدراسة فالتقطتهما، لم تملكهما مهما طال وضع يدك عليهما، وكثر بحثك عن مالكهما، واستمر عدم معرفتك إياه، وكانا لديك أمانة ماداما فى يدك إلى أن

يظهر صاحبهما[1] وكذلك إذا ضلت لك دابة فأمسكها آخر، أو أفلت منك طير أو سمك فصاده صائد، فإن ملكك للدابة والطير والسمك باق، وكان لك أن تأخذها ممن استولى عليها، فإذا امتنع أجبر على ذلك متى ثبت أنها كانت لك[2]؛ ذلك لأنك إذا ملكت شيئا بقى مملوكا لك، واستمر كذلك إلى أن ينتقل إلى مالك آخر بسبب من الأسباب الناقلة للملكية، أو ينتهى ملكك له بوقفه؛ لأن الوقف منه للملكية عند الحنفية.

وإذن فلا يتملك شيء مملوك بوضع اليد عليه وإن تقادم عهده، كما لايسقط حق إنسان بتركه المطالبة به مدة وإن طالت، وذلك يخالف ماجرى عليه التشريع الوضعى، فإنه جعل وضع اليد على المال المملوك مدة معينة سببا من أسباب الملك متى تحققت به حيازة هذا المال من الاستئثار بمنافعه، والتصرف فيه، كاستئثار صاحب المال وتصرفه، وبعبارة أخرى: متى تحققت به حيازة هذا المال حيازة فعلية مقرونة بنية التملك له[3]، كما جعل مضى مدة معينة على الحق مع ترك المطالبة به سببا مسقطا له.

ويختلف طول هذه المدة باختلاف الحقوق ومايلابسها ـ عند وضع اليد عليها ـ من الظروف، وليس من شأننا تفصيل ذلك.

ولعل أساس ذلك: أن الشأن فى المالك ألا يترك ماله فى يد غير يده اتخذت لها مظاهر الملكية بشكل علنى طيلة هذه المدة، دون أن يتحرك أو يحافظ على حقوقه، أو ألا يترك المطالبة بحقه هذه المدة مع سكوت من عليه الحق وعدم

---

(١) هذا مذهب الحنفية. وذهب الشافعى إلى أن مايلتقط من المال تافها أو غير تافه، يجوز للملتقط أن يتملكه بعد تعريفه المدة الواجبة فيتملكه على رأى بقوله: تملكته، وعلى رأى آخر بمجرد مضى المدة دون حاجة إلى لفظ يفيد التملك، فإن ظهر مالكه بعد ذلك أخذه إن كان موجودا، وأخذ بدله إن كان قد استهلك. وذهب الحنابلة إلى أنه يملك بالتقاطه دون الحاجة إلى تعريف إن كان مما لا تتبعه رغبة أوساط الناس، كالرغيف ونحوه، فإن ظهر صاحبه أعطى إليه إن كان موجودا، وإلا لم يستحق شيئا على مستهلكه، أما ما عدا ذلك فلا يملكه ملتقطه إلا بتعريفه سنة دون أن يجد مالكه، وهو لمالكه بعد ذلك إن ظهر وكان موجوداو فإن لم يكن موجودا فله بدله.

ورأى المالكية قريب من هذا. والنتيجة: أن غير الحنفية يرون ان مايلتقط من المال تنتقل ملكيته إلى ملتقطه بالشروط التى ذكرناها، بخلاف الحنفية (راجع نهاية المحتاج وكشاف القناع ومنح الجليل فى اللقطة).

(٢) وكذلك الحكم إذا نبذه مالكه رغبة عنه فلا تزول ملكيته عنه بأخذه، وذهب أحمد إلى ان آخذه يتملكه فى هذه الحال بتناوله (راجع كشاف القناع فى كتاب اللقطة).

(٣) راجع كتاب الأموال للدكتور كامل مرسى باشا بند ٨٦٠.

قيامه بأدائه، وأن ذلك دليل على أنه لا حق له أو أن حقه قد انتقل إلى واضع اليد عليه، أو إلى المطالب به بسبب من الأسباب. وأن المصلحة تقضى - فى مثل هذه الأحوال التى تكتنفها الجهالة - باعتبار وضع اليد سببا للملك، وباعتبار مضى المدة مسقطا للحق قطعا للنزاع.

ولكن فقهاء الإسلام لم يروا ذلك مسوغا لاكتساب حق أو لسقوطه أو زواله، ورأوا أن وضع اليد على هذه الصفة لايصح أن يتخذ دليلا على انتقال حق ثابت من مالك إلى آخر بسبب من أسباب نقل الملكية، وأن غاية مايفهم من هذه الأحوال - بحسب ماسار عليه العرف وجرت به العادة - أن الدعوى بالحق فى مثل هذه الظروف دعوى يكذبها الظاهر، وأن مدعيها مبطل، والحكم فى مثل هذه الدعوى يكون بعدم سماعها، سدا لباب التزوير وقطعا للدعاوى الباطلة إلى الحد الممكن [1].

غير أن اتجاه فقهاء الشريعة الإسلامية فى هذا الموضوع يختلف عن اتجاه علماء القانون، فإن اتجاه الفقهاء كان إلى ناحية طالب الحق فيه، فجعلوا تركه المطالبة به المدة المقررة - مع تمكنه منها لانتفاء الأعذار - دليلا على أنه غير محق فى طلبه، فإذا ادعاه بعد ذلك لاتسمع دعواه قطعا لوسائل التزوير. وهذا ماتدل عليه عبارة المبسوط، ونصها - كما نقلها محمد بن الغرس «المصرى الحنفى المتوفى حوالى ٩٠٠هـ» فى الفواكه البدرية: (رجل ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ولم يكن له مانع من الادعاء، ثم ادعى، لاتسمع دعواه، لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرا. ا هـ).

وإنك لتجد أن هذه العبارة لم تتعرض صراحة لوضع يد المدعى عليه، ولا إلى اشتراط أن يكون مستمرا طيلة المدة، ولا أن يكون من شخص واحد أو من

---

(١) من أمثال هذه الدعاوى: دعوى رجل معروف بالفقر منذ نشأ على آخر معروف باليسار كذلك، أنه مدين له بألف جنيه اقترضها منه دون أن يبين طريقا لوصول هذا المال إليه، فهذه الدعوى وأمثالها لاتسمع؛ لأن الظاهر يكذبها، وهذا المبدأ يقره المالكية كما أقره الحنفية، ففى التبصرة: لاتسمع دعوى الحاضر الأجنبى أنه يملك دارا فى يد رجل وهو يراه يهدم فيها ويبنى ويعمر ويؤجر مع طول الزمن من غير مانع يمنعه من الطلب، كتوقع رغبة أو رهبة، وهو مع ذلك لايعارض، ولا يدعى أن له حقا فيها، وليس بينهما شركة. وفى منح الجليل (ج٤ص١٧٠) : لاتسمع دعوى دار فى يد حائز لها يتصرف فيها عشر سنين والمدعى حاضر ساكت إلخ.

أشخاص متعاقبين فى حكم شخص واحد، بأن يكونوا قد تلقوا الملك بعضهم عن بعض، وإن غاية مايفهم منها: أن الدعوى لاتسمع إذا ما توافر فيها مايأتى:

١ - أن يتركها المدعى ثلاثا وثلاثين سنة، وهذه المدة هى أرجح أقوال ثلاثة: فقد جعلها بعضهم ٣٦ سنة وبعضهم ٣٠ سنة.

٢ - ألا يمنعه مانع من رفعها إلى القضاء طيلة هذه المدة، وذلك بألا يحول بينه وبين ذلك عذر من الأعذار. ومقتضى ذلك: أن المدة لاتبتدئ إذا كان هناك عذر قائم إلا من بعد زوال هذا العذر.

٣ - أن يكون الحق المدعى به محل معارضة وإنكار من المدعى عليه طيلة المدة حتى يحتاج المدعى إلى الخصومة فيه، ويكون تركه للخصومة عندئذ طيلة هذه المدة دليل عدم الحق ظاهرا [١].

---

(١) ومرجع القضاء فى محاكم مصر الشرعية الآن: هو نص المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. وهو: «القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن من رفعها وعدم وجود العذر الشرعى له فى عدم إقامتها، إلا فى الإرث والوقف، فإنه لايمنع من سماعها إلا بعد ثلاثة وثلاثين سنة. مع التمكن وعدم العذر الشرعى له، وهذا كله مع الإنكار للحق فى تلك المدة».

ويدل هذا النص على مايأتى:

أولا: أن كل دعوى مضى عليها خمس عشرة سنة فتركها المدعى طيلة هذه المدة ولم يرفعها إلى القضاء مع تمكنه من ذلك وزوال العذر الشرعى له فى عدم إقامتها، لايجوز للقضاة أن يسمعوها. وأساس ذلك المنع كما هو ظاهر: ما لولى الأمر من السلطان فى تخصيص قضاته بالزمان والمكان ونوع الخصومة. فمنعهم بهذه المادة من أن ينتظروا هذا النوع من الدعاوى، وهو مامضى عليه خمس عشرة سنة مع توافر الشروط المذكورة لما رآه من المصلحة فى ذلك. فهم بالنظر إلى هذه الدعاوى ليسوا بقضاة أو هم معزولون عن سماعها، وقد سبقنا إلى مثل ذلك الأتراك فى المجلة العدلية.

ثانيا: أن المدة المقررة - وهى خمس عشرة سنة بالنسبة إلى غير الإرث والوقف، وثلاث وثلاثون سنة بالنسبة إليهما - لاتبتدئ إلا من وقت ظهور واضع اليد بمظهر المالك للعين حينما يكون الحق عينا، أو من وقت ثبوت حق المطالبة به حينما يكون دينا، أو استحقاقا فى وقف أو نحو ذلك، حتى يكون هناك مقتض لرفع الدعوى والخصومة فى الحق وحتى يعد صاحب الحق تاركا له، إذ لا محل للخصومة فى حق لم يحن وقت المطالبة به، ولا فى حق لايبدو أنه محل إنكار ومعارضة؛ لأن من فى يده الحق لايقوم عليه قيام المالك له. وعلى ذلك فلا تبتدئ المدة بالنسبة للدين المؤجل إلا من وقت حلول الأجل.

ويشترط لابتداء المدة ألا يكون هناك عذر يحول بين المدعى وبين مطالبته بالحق حتى يكون متمكنا من رفعها بلا عذر يمنعه، فإن وجد فى ذلك الوقت عذر يمنعه من ذلك فلا تبتدئ المدة إلا من بعد زوال العذر، وبناء على هذا، لاتبتدئ المدة إذا كان صاحب الحق فى ذلك الوقت غير أهل للدعوى، بسبب صغر أو جنون أو عته أو سفه وليس له ولى أو كان غائبا مسافة القصر سفر ثلاثة أيام بلياليها السفر المعتاد مع الراحة، وقدر ذلك بنحو ٨٣ك.م عند الحنفية» وكذلك لاتبتدئ إذا كان المدعى عليه ذا شوكة يخاف من مطالبته ومفلسا لا يرجى منه شيء إذا ماصدر الحكم عليه، فإن زال العذر فحضر صاحب الحق إن كان غائبا، أو أقيم له ولى أو قيم إن كان غير=

= أهل للدعوى أو زالت شوكة المدعى عليه، أو أيسر أو حضر من سفره ابتدأت المدة إثر زواله.

وقد اختلف القضاة فى أن هذه الأعذار محصورة فلايعد غيرها عذرا، أو غير محصورة فيكون مرجع تحقيق وجود العذر واعتباره إلى القاضى، وفى رأيى: أنها غير محصورة؛ لأن العلة فى المنع من سماع الدعوى خشية التزوير، فإذا وجد العذر ـ أى عذر كان ـ زالت هذه الخشية.

ثالثا: استثنت المادة من ذلك دعوى الإرث ودعوى الوقف فجعلت المدة المقررة لعدم سماعها ثلاثا وثلاثين سنة اتباعا لأرجح الآراء الفقهية التى ذكرناها مع ملاحظة التمكن من رفع الدعوى، وعدم قبول العذر الشرعى فى عدم إقامتها طيلة المدة، ومما ينبغى ملاحظته أنه لايشترط فى المدعى أن يكون شخصا واحدا طيلة المدة، بل المراد به الشخص الواحد أو الأشخاص المتعاقبون إذا كانوا فى حكم شخص واحد بأن كان كل واحد منهم قد تلقى الحق عن سلفه كالمورث ووارثه والبائع والمشترى وعلى ذلك إذا ترك شخص حقه مدة من الزمن مع توافر تلك الشروط ، ثم توفى فتركه وارثه مدة أخرى إذا ضمت إلى مدة مورثه كملت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى، فلا تسمع الدعوى بعد ذلك من الوارث، وكذلك الحال بالنسبة إلى البائع والمشترى منه، لأن الوارث خلف عن مورثه فى الدعوى فكان المدعى فى الاعتبار واحدا، وكذلك المشترى بالنسبة إلى البائع والموهوب له بالنسبة إلى الواهب، وقد أخذت بذلك المجلة العدلية فى مادتى ١٦٧٠و ١٦٧١، وجرى القضاء فى مصر على ذلك، وهو عندى لايخلو من نقد، فقد يترك المورث الدعوى خمس عشرة سنة إلا قليلا ثم يتوفى ولم يترك لوارثه من المدة إلا فرصة لاتمكنه من معرفة الحق، والبحث عنه والمطالبة به، فتمضى دون أن يتمكن من رفع الدعوى به، ومنعه فى هذه الحال لايتفق مع العدالة اللهم إلا إذا عدت هذه الحال من الأعذار المانعة من التمكن، فتسمع دعواه عند ذلك مادام لم يمض مايكمل المدة من زمن تمكن فيه رفع الدعوى ولم يفعل.

وإذا ابتدأت المدة ثم انتهت دون أن يتخللها عذر من الأعذار ترتب عليها أثرها وهو منع المدعى من سماع دعواه. وإن تخللها عذر من الأعذار فذلك هو محل البحث والنظر ولن يتردد النظر عند البحث إلا بين أحكام ثلاثة:

الأول: ألا يكون لطروء العذر فى أثناء المدة أى أثر، فتحتسب أيامه من المدة سواء انتهت المدة وهو لايزال قائما أم انتهت بعد زواله، وقد يؤيد احتمال هذا الحكم ماجاء فى تكملة ابن عابدين نقلا عن فتاوى على أفندى. ونصه: وقت كان المدعى أو المدعى عليها غائبا مسافة السفر ثم حضر مرارا فى أثناء المدة التى هى خمس عشرة سنة وسكت، ثم أراد أن يدعى بعد ذلك فلا تسمع دعواه، إذ إنه يدل على أوقات غياب المدعى أو المدعى عليه قد احتسبت من المدة، ولم يؤثر هذا الغياب فيها، مع أنه عذر من الأعذار المنصوص عليها، وفى رأيى أن هذه الفتيا مستندة إلى المادة ١٦٦٥ من المجلة العدلية. فلا تكون حجة علينا فى الموضوع؛ لأنها نتيجة تشريع خاص بمجلة، ولهذا فإنى أرى أن المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم المصرية الشرعية لاتحتمل ذلك بل لاتحتمله أيضا عبارة المبسوط التى نقلناها؛ ذلك لأن المدعى مع قيام العذر المانع له من إقامة الدعوى لايعد متمكنا من رفعها ولايصدق معه أن ليس للمدعى مانع من الدعوى فى المدة، وأن الأعذار قد انتفت، وأن الترك للدعوى طيلة المدة دليل عدم الحق ظاهرا، وعلى هذا فمدة العذر لاتحتسب من المدة بنص المادة ٣٧٥ وكما تدل عليه عبارة المبسوط، وإذن فهذا الاحتمال بعيد أو منفى.

الثانى: أن يكون طروء العذر فى أثنائها مبطلا لما مضى منها قبله، ويجب لعدم سماعها مضى مدة جديدة تبتدىء من وقت زوال العذر، كما فى حال إقرار المدعى عليه بالحق وحال قيام المدعى برفعها أمام القضاء أثناءها ومعنى هذا أن تكون أيام المدة المانعة من سماع الدعوى متتابعة . فإذا ماترك ذو الشأن دعواه عشر سنين مثلا ثم جن سنة ولم يقم له ولى، ثم أفاق بعد ذلك لم يمنع من سماعها إلا إذا تركها بعد إفاقته خمس عشرة سنة كاملة متتابعة. وإذا ترك ناظر وقف الدعوى بعين من أعيانه عشرين سنة، ثم مات فلم يعين خلافه إلا بعد وفاته بأيام، لم يمنع ناظر الوقف الجديد من سماع دعواه بالعين، إلا إذا مضى بعد إقامته فى النظر ثلاث وثلاثون سنة كاملة متتابعة، وهكذا، وهذه النتيجة قد يرى أنها تتفق مع ظاهر عبارة المبسوط التى نقلناها، فإنها ظاهرة فى نفى وجود أى مانع من سماعها فى كل المدة. وذلك يدل على أن المدة يجب أن تكون متتابعة، إذ لو كانت =

أما اتجاه علماء التشريع الوضعي فكان إلى ناحية المدعى عليه، فجعلوا وضع يده المدة المقررة سببا من أسباب ملكه، ولذا اشترطوا فيه أن يستمر طيلة المدة،

= مجموع مدد متباعدة فصلت بينها أعذار شرعية، لكان ترك الدعوى قد طال أكثر من ثلاث وثلاثين سنة وعلى الجملة فعبارة ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة تفيد بظاهرها أنها مدة واحدة، وكذلك يقال فى موافقة هذا التفسير للمادة ٣٧٥. وفى رأيى أن هذا محل للنقد، ونقده يرجع إلى أنه لايحقق غرض الشارع فى كل الأحوال والظروف، إذ يلزم من ذلك أنه يجب أن يستمر ناظر الوقف الذى يمنع من الدعوى ناظرا عليه طيلة المدة، لأنه لايتأتى أن يعين خلافه مباشرة بعد موته أو عزله أو خروجه عن الأهلية، بل لابد من مرور وقت خلو فتنقطع المدة، وكذلك الحال إذا كان الحق لصغير أو محجور عليه وله ولى أو قيم، ومثل هذا قل أن يتحقق، فلا يكاد يمنع ناظر من الادعاء فى حين أن ترك الدعوى مع هذا الخلو الذى يكون بين خروج ناظر أو ولى من الولاية وتعيين خلافه، ومع ماقد يكون من غيبة المدعى فى أثناء المدة أياما «مسافة القصر» يتحقق معه أن الظاهر يكذب الدعوى فى هذه الحال، وأى الناس يلتزم الإقامة خمس عشرة سنة ولا يضطر أن يسافر فيها مسافة القصر، سواء أكان وليا أم غير ولى؟ إن هذا الاشتراط يضيق مجال تطبيق هذا الحكم إن لم يمنع تطبيقه نهائيا. ثم إذا لاحظت مع ذلك أن شرط التتابع ليس بضرورى فى إفادة أن الدعوى فى مثل هذا الحال يكذبها الظاهر اطمأننت إلى أنه ينبغى ألا يشترط التتابع، وعبارة كل من المبسوط والمادة ٣٧٥ لا تأبى ذلك، فإن الذى يترك الدعوى عشرين سنة ثم يغيب مسافة القصر ستين، ثم يعود فيتركها ثلاث عشرة سنة فيقال فيه إنه ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة، وليس له مانع من الدعوى، والذى يتركها عشر سنوات ثم يغيب مدة ثم يتركها بعد ذلك خمس سنوات، يقال: إنه ترك الدعوى خمس عشرة سنة بلا عذر، وكذلك الحال فى ناظر وقف ترك الدعوى عشرين سنة ثم توفى. فعين بدله بعد أيام ناظر آخر ترك الدعوى ثلاث عشرة سنة.

الثالث: أن يكون طروء العذر فى أثناء المدة واقفا لها فقط فلا تحتسب مدته ولاتلغى المدة السابقة، ولكن تكمل بما يجىء من الزمن بعد زوال العذر على مابينا آنفا. فإذا ترك إنسان الدعوى تسع سنوات ثم غاب بعد ذلك سنتين، ثم عاد فتركها بعد حضوره ست سنوات لم تسمع دعواه بعد ذلك، لأنه ترك الدعوى خمس عشرة سنة على دفعتين مع تمكنه من إقامتها وعدم عذره فى ذلك، ولكن إذا مضى على حضوره خمس سنوات فقط، ثم رفع الدعوى سمعت؛ لأنه لم يتركها إلا أربع عشرة سنة، وذلك لعدم احتساب سنتى الغياب لقيام العذر فيهما، وهذا ما أخذ به التشريع الوضعى حين اعتبر المدة سببا للملكية، وعبارة المادة ٣٧٥ لاتتعارض معه، بل هى محتملة له كما احتملت التفسير الآخر. وكذلك عبارة صاحب المبسوط.

وليس أدل على ذلك من أنك لو ضعت قيد التتابع فى كل من العبارتين لم تجده زائدا، بل مفيدا معنى لم يستفد من غيره، وفى رأيى أن هذا هو مايجب أن تفسر به المدة لكى يتحقق به غرض الشارع من منع الدعاوى الباطلة، فإ من ترك الدعوى عشر سنوات ثم غاب سنة ثم حضر سنة فتركها بعد ذلك خمس سنوات يكذبه الظاهر فى دعواه، وإذن فلا تسمع، ويصير ذلك أن تطول مدة الترك إذا ماشملت مددا خالية من الأعذار يبلغ مجموعها ١٥ سنة فى غير الوقف والإرث، أو ثلاثا وثلاثين سنة فى الإرث والوقف.

قد يرى الناظر أن المدعى إذا ترك الدعوى عشر سنين، ثم غاب سنتين، ثم حضر فتركها بعد حضوره كذلك ثلاث سنوات، ثم ادعاها بعد ذلك أن الظاهر يكذبه فى هذه الحال أيضا، فكيف تسمع دعواه؟ قد يكون هذا، وإذا كان فلا مانع يمنع القاضى من أن يحكم بعدم سماع دعواه بناء على أن الظاهر يكذبه، لاتطبيقا للمادة ٣٧٥، فإنها لم تشرع لمنع سماع كل دعوى يكذبها الظاهر وعلى هذا فعندى أن المدة التى يمنع مضيها من سماع الدعوى لايجب فيها تتابع لما بينا.

الرابع: إنكار المدعى عليه للحق طيلة المدة؛ لأن إقراره به لايجعل المدعى فى حاجة إلى مخاصمة فيه. ويكفى إقراره حجة عليه عند الحاجة إلى المخاصمة، ولا يتأتى عند ذلك وجود شبهة فى حق المدعى حتى يمنع من =

وأن يكون من شخص واحد، أو من أشخاص متعاقبين فى حكم شخص واحد، إلى آخر ما ذكروه.

الثالث - أنه سبب فعلى، ولذا يعتبر من كل من يستطيعه ولو غير أهل للالتزام بالقول كالمجنون والصبى[1] والسفيه. فمن استولى من هؤلاء على مال مباح أصبح باستيلائه عليه ملكا له، وإن لم يستطع أن يتملك مثله بشرائه من مالكه بغير واسطة.

والمال المباح: إما أن يكون منقولا أو عقارا. فإن كان منقولا كانت حيازته بوضع اليد عليه وضعا حقيقيا، حتى يتحقق بذلك الاستيلاء، ويكون فى الصيد بصيده، وفى الفلزات وما أشبهها باستخراجها من معادنها، وفى غير ذلك بتناوله أو بوضع اليد عليه وضعا يناسب حاله. وإن كان عقارا كانت بما يحاز به العقار عادة من زراعته، أو إعداده للزراعة، كما سنبين ذلك فى الأرض الموات وإحيائها.

١ - حيازة الأموال المباحة: نريد بالأموال المباحة هنا جميع ماخلقه الله سبحانه وتعالى فى الأرض لينتفع به الناس أجمعون مما لم يحرزه أحد، كالأشجار التى تنبت فى الجبال أو الصحراء أو الغابات وليست مملوكة لأحد، وكذا مايكون فيها من الأثمار، وكالماء والكلأ «الحشائش التى تنبت من نفسها بلا إنبات أحد».

= دعواه. ومما ينبغى ملاحظته هنا: أن المادة لم تشترط صراحة فى المدعى عليه أن يكون واضعا يده مدة معلومة معدودة إذا كان المدعى به عينا، بل كل مايؤخذ منها أن يدعى الحق قبله، وأن ينكره، وأنه يستطيع أن يدفع الدعوى عند ذلك إذا ما استطاع بأن المدعى قد تركها المدة المقررة. فإذا ما أثبت ذلك ظفر بعدم سماع الدعوى ضده. غير أنه قد يقال: إن اشتراط إنكار المدعى عليه طول المدة يقتضى أن يكون إنكاره إنكارا معتبرا فيها. ولايكون الإنكار معتبرا إلا إذا كان من ذى شأن، وهو لايكون ذا شأن إلا إذا كان مطالبا بالحق طيلة المدة أو واضعا يده المدة كلها على العين المطلوبة، وعلى هذا فلابد من وضع يده على العين المدة كلها إذا كانت الدعوى بعين.

خامسا: ألا يطرأ فى المدة مايقطعها من إقرار أو قيام المدعى بالمطالبة بالحق أمام القضاء، وإن لم يفصل فى طلبه، وعليه: إذا أقر المدعى عليه بالحق فى أثناء المدة فلا يمنع سماع الدعوى به إلا إذا مضى خمس عشرة سنة بلا مخاصمة بعد الإقرار بالنسبة لغير الإرث والوقف، وكذلك إذا أقر بعد مضى المدة، سواء أكان إقراره فى مجلس القضاء وقت الخصومة أم فى غيره قبلها أو بعدها.

وكذلك الحكم إذا مارفع المدعى دعواه بالحق أمام القضاء، غير أن ادعاء الإقرار لايقبل إلا طبقا للمادة ١٢٩ من اللائحة . ونصها:

«لاتقبل دعوى بالإقرار الصادر قبل قيام الخصومة أو بعده الشهادة به، إلا إذا كان صدوره أمام قاض بمجلس القضاء أو كان مكتوبا وعليه إمضاء المقر أو ختمه، أو وجدت كتابة تدل على صحته».

(١) راجع الأشباه «ج٢ ص١٤٥» فعبارتها تدل على أن الصبى يتملك بالاستيلاء على المال المباح، وإن كان غير مميز، وأنه يتملك بالتمليك إذا كان مميزا «حموى». ومن المعلوم أن المجنون فى الحكم كالصبى الذى لايميز.

وكذا الطيور فى الهواء، والأسماك فى الماء، والظباء فى الصحراء، والمعادن فى باطن الأرض، وكذلك الأرض إذا كانت مواتا، وما أشبه ذلك، فكل هذه أموال مباحة تملك بإحرازها، لأنها قبل إحرازها، شركة بين جميع الناس، فإذا سبقت إليها يد إنسان فأحرزها تملكها، ولم يملكها غيره من بعده إلا عن طريقه.

ولايتحقق الإحراز ولايكسب ملكية إلا مع القصد إليه[1]، فمن وضع طستا

---

(١) تملك الأموال المباحة بإحرازها، وإن شئت قلت: بالاستيلاء عليها، والاستيلاء عليها عند الحنفية نوعان: حقيقى وحكمى.

فالحقيقى يكون بوضع اليد عليها فعلا أو بالقوة كالأشجار تقطعها والأثمار تجنيها، والماء تملأ به إناءك، والصيد تمسكه بيدك، فتملك كل ذلك لأنك قد أحرزته واستوليت عليه بوضع يدك عليه فعلا، وكذلك إذا قصدت إلى الشجرة المباحة أو إلى ثمرتها أو إلى الكلأ أو إلى الصيد وقد تعلق فى الشبكة أو إلى الغزال وقد وقع حفيرة، وكنت قريبا من كل هؤلاء بحيث لو مددت يدك إليه لتناولته وأخذته فإنك تتملك كل ذلك، لأنك قد أحرزته واستوليت عليه بوضع يدك عليه بالقوة.

والحكمى يكون باستعمال الآلات وتهيئة المال لأن توضع اليد عليه فعلا أو بالقوة، كتجمع ماء المطر فى طست موضوع على الأرض أو فى حفيرة حفرت، وكتعلق الصيد بالشبكة، ورميه بمقذوف يخرجه عن امتناعه وتأبده.

وترتب الملكية على الاستيلاء الحقيقى لايحتاج إلى قصد ولايشترط فى تمامه نية التملك، ولذا يعتبر من كل من يفعله ولو كان غير أهل للالتزام بالقول، وانبنى على ذلك أن المجنون والصغير الذى لا يميز إذا تناول كل منهما مالا مباحا تملكه، وأن المميز إذا تناوله بقصد النظر إليه لا بقصد التملك تملكه بذلك أيضا، لأن القصد إلى الإحراز فى هذا النوع ليس شرطا، ومرجع ذلك إلى أن هذا النوع من الاستيلاء ليس شيئا غير الإحراز فى الواقع، فهو هو، إذن يكون فعله والإقدام عليه دليل القصد إليه، فلا معنى بعد هذا لاشتراطه، وإلى هذا ذهب الأئمة الثلاثة أيضا، ومما تفرع عن ذلك:

١ ـ إذا حفر شخص بئرا فى أرضه فوقع فيها صيد ثم جاء آخر فأخذه، فإن كان صاحب البئر قريبا منه بحيث لو مد يده إليه لقدر على أخذه فهو لصاحب البئر «هندية نقلا عن المحيط» وسبب ذلك استيلاء صاحب البئر عليه استيلاء حقيقيا، أما إذا كان بعيدا عنه فلا يملكه لعدم تحقق الاستيلاء عليه بسبب انعدام القصد إلى إحرازه.

٢ ـ لو أن صيدا باض فى أرض رجل أو تكنس فيها وجاء آخر فأخذه فهو له، وهذا إذا كان صاحب الأرض بعيدا عن الصيد بحيث لا يقدر على أخذه لو مد يده إليه، أما إذا كان قريبا بحيث لو مد يده لأخذه فهو لصاحب الأرض «هندية نقلا عن الظهيرية» وسبب الحكم الأول: عدم وجود استيلاء من صاحب الأرض. وسبب الحكم الثانى: استيلاء صاحب الأرض على الصيد استيلاء حقيقيا.

٣ ـ بيد رجل خيط قد شدت به سمكة مغموزة فى الماء وهى ملك له، فإذا ابتلعتها سمكة أخرى، أو ابتلعت هى سمكة أخرى فالسمكتان لمن بيده الخيط لوجود الاستيلاء الحقيقى ولو أنه أعطى الخيط لشخص آخر قبل ذلك ثم جاءت سمكة فابتلعت السمكة التى بالخيط فإن السمكة البالعة تكون ملكا لذلك الشخص لاستيلائه عليها استيلاء حقيقيا ولاتكون ملكا لصاحب السمكة المبلوعة، ولو كانت السمكة الأولى هى البالعة كانت السمكتان جميعا ملكا لصاحب السمكة الأولى، لاستيلائه على الثانية بواسطة الأولى. «هندية».

وقد يرى بعض الناظرين أن المسألة الآتية تنقض ما قررناه، وهى: لو أن إنسانا نثر مقدارا من الدراهم فوقع شىء منها فى كم رجل أو على ثوبه، فأخذه منه غيره، كان للآخذ «منتقى»، وفصل فى ذلك علماء سمرقند، فقالوا: إن كان قد بسط ثوبه أو كمه لتلقى الدراهم لايكون لأحد أخذ مايقع فى أحدهما، وإذا أخذه آخذ استرد منه وأعطى لصاحب الثوب أو الكم، وإن لم يبسطهما لذلك كان ما أخذ الآخذ له ولايسترد منه «هندية ص٣٤٥» فإن وقوع الدراهم فى الكم أو الثوب يعد من الاستيلاء الحقيقى، ومع ذلك يكون مايقع فيهما لآخذه منهما =

فوق سطح بقصد حفظه لايكون محرزا لما يتجمع فيه من ماء المطر، ولايملك هذا

= عند عدم القصد، وهذا دليل على اشتراط القصد مع الاستيلاء الحقيقي، وردى على ذلك: أن هذه المسألة ليست من قبيل تملك المال المباح، بل هي نوع من الهبة، ولايتم الملك فيها إلا بالقبض الذى يقوم مقام القبول، ولقيامه مقام القبول وجب أن يصاحبه قصد، ولذا لم يكن وقوع الدراهم فى كم شخص لم يبسطه لذلك من باب القبول للهبة لعدم القصد، فلم يتملك لذلك، وملكها آخذها بالأخذ، لأنه قام مقام القبول لتحقق القصد فيه، ولذا قال الكمال بن الهمام: إذا ضم كمه أو ثوبه على ماوقع فيه اتفاقا، أو أتى أى عمل يقصد به الحيازة، تملك بذلك، لوجود مايعد قبولا «راجع البيع، ص١٩١ ومابعدها».

أما الاستيلاء الحكمى فلا تترتب عليه الملكية إلا إذا قصد به الإحراز. فإن لم يقصد به الإحراز لم تترتب عليه ملكية. وبناء على ذلك إذا وضع إنسان طستا على سطح داره بقصد حفظه فتجمع فيه ماء المطر لم يملكه بذلك؛ لأنه لم يقصد بوضع الطست الإحراز كما فى (الخيرية)، ولو دخل ظبى دار إنسان لم يملكه صاحبها بمجرد دخوله، إذ لم يقصد من بنائها إحراز الصيد بها، وهذا ماذهب إليه الشافعى وأحمد، ففى النهاية والكشاف والمغنى: إن من توحل فى أرضه صيد لم يملكه بذلك، ومن دخل فى أرضه سمك بسبب انسياب ماء النهر فيها لم يملكه بدخوله فى الأرض واستقراره فيها، ومن حفر حفيرة جمع فيها الماء ووقع فيها صيد لم يملكه بوقوعه فيها. وفى منح الجليل «ج١ ص٥٨٦» مايفيد أن كل ذلك يكون ملكا لصاحب الأرض على رأى لبعض المالكية، وهو رأى لبعض الحنابلة، ذكره ابن رجب فى قواعده (ص١٩٠) وقال : إنه أشهر الروايتين.
وقد قدمنا أن الاستيلاء الحكمى يكون باستعمال الآلات، والآلات إما أن تكون آلات صيد وإما أن تكون لغيره، فإن كانت آلات صيد كان اقتناؤها واتخاذها إنما هو لأجل الصيد بها، ولذا لم يشترط الحنفية فى ترتب الملكية على الاستيلاء بها القصد إلى الإحراز، وإنما يشترطون ألا يقصد باستعمالها شىء آخر خلاف الإحراز. والسبب فى ذلك ـ على ماظهر لى ـ أن هذه الآلات لم تملك إلا لقصد استعمالها فى إحراز الصيد، واقتناؤها إنما كان لهذا الغرض وتلك نية أو قصد مستمر. لايغيره إلا نية شىء آخر خلاف الإحراز، ومن ثم قالوا: إذا وضع الصائد الشبكة بقصد تجفيفها فتعلق بها صيد لم يملكه بمجرد تعلقه، لقصده شيئا آخر خلاف الإحراز، ولايملكه إلا إذا حضر إليها فأمسك الصيد، أو كان منه بحيث لو مد يده لأخذه، لوجود الاستيلاء الحقيقى حينئذ. ولكن إذا وضعها بقصد الإحراز أو بلا قصد، فتعلق بها الصيد ملكه من وقت تعلقه، وإن كان ملكا غير تام لاحتمال الزوال بانتقاض الاستيلاء بفرار الصيد كما سيأتى.

وإن استعملت آلات ليست للصيد فلا يترتب على الاستيلاء بواسطتها التملك إلا إذا قصد من استعمالها إحراز الصيد. ولهذا جاء فى المبسوط «ج١١ ص٢٥١»: ولو تكسر صيد فى أرض إنسان فصار بحيث لايستطيع براحا، أو رمى صيد فوقع فى أرض رجل ولايدرى من رماه، فأخذه رجل آخر، فهو للذى أخذه؛ لأن الإحراز من الآخذ ولم يوجد من جهة صاحب الأرض إحراز، وإن عجز الصيد عن الطيران بما أصابه؛ لأن المباح إنما يملك بالإحراز.

وفى الفتاوى الخانية: حفر رجل حفيرة فى أرضه، فوقع فيها صيد، فجاء رجل فأخذه فإن الصيد يكون له، وذلك لعدم وجود نية الإحراز من الحافر، وإن كان صاحب الأرض قد اتخذ تلك الحفيرة لأجل الصيد فهو أحق به، وذلك لوجود الاستيلاء مع القصد إلى الإحراز «ج٥ص٤١٨».

وإذا دخل الصيد دار إنسان فأغلق بابها عليه وصار بحيث يقدر على أخذه منها من غير صيد، فإن كان قد أغلق الباب لأجل إحراز الصيد ملكه، وإن كان قد أغلقه لأمر آخر لم يملكه، حتى لو أخذه آخر كان لصاحب الدار فى الوجه الأول لوجود الاستيلاء منه مع قصد الإحراز، وكان لآخذه فى الوجه الثانى لعدم قصد صاحب الدار إلى إحرازه ولاستيلاء الآخذ عليه استيلاء حقيقيا. هندية:

وإذا اتخذ النحل مكانا فى أرض رجل فعسل فيه لم يملكه صاحب الأرض لعدم استيلائه عليه، وملك عسله لاستيلائه عليه استيلاء حكميا، ووجه ذلك أن عادة أصحاب الأراضى والزراع قد جرت باتخاذ كوارات النحل فى أرضهم لطلب عسله، وشاع ذلك بينهم حتى صار العسل كأنه من ثمار الأرض وثمراتها ولأجله تطلب =

الماء بسبب ذلك، لأنه لايعد إحرازا، لانعدام القصد إليه، غير أن لبعض هذه الأموال فى تملكها بالإحراز أحكاما تختلف فيها عن بعضها الآخر، ولذا رأينا أن نعرض لذلك فيما يأتى:

الكلأ والآجام: الكلأ يختلف فى الحكم عن الآجام «جمع آجم، وآجم جمع أجمة وهى الشجر الملتف» فإن الآجام إذا نبتت من نفسها فى أرض مملوكة كانت ملكا لصاحب الأرض، والكلأ إذا نبت فى أرض مملوكة لم يكن ملكا لصاحب الأرض، وكان حقه فيه كحق سائر الناس، لايملكه إلا بإحرازه، وقد اختلف فى قيامه على سقيه أيعد إحرازا يملكه به أو لا؟ وظاهر الرواية أنه لايعد إحرازا. والفرق بين الكلأ والآجام أن الأرض لاتطلب لتستثمر بالكلأ عادة، ولكنها تطلب لتستثمر بما ينبت فيها من آجام، فكانت ثمرة مقصودة من امتلاكها عادة، فيكون إحرازها إحرازا لآجامها، بخلاف الكلأ، ولذا قال عليه السلام: «الناس شركاء فى ثلاثة: فى الماء والكلأ والنار». وبناء على ذلك لايجوز لمالك الأرض إذا ما وجد فيها الكلأ أن يمنع الناس عن قطعه، وله أن يمنعهم عن دخول أرضه لأنها ملكه، إذا كانوا يجدون الكلأ فى غيرها، فإن لم يجدوه فى غيرها - وهم فى حاجة إليه - كان مخيرا بين أن يرخص لهم بدخول الأرض لأخذه وبين أن يقطعه لهم ويسلمهم إياه. وإلى هذا ذهب بعض المالكية. وذهب بعضهم إلى أنه إذا نبت فى أرض مملوكة كان ملكا لصاحبها، وجاز له بيعه ومنع الناس منه؛ لأنه يعد تابعا للأرض وملكا لصاحبها تبعا لها. فهو محرز بإحرازها.

= كما تطلب للزراعة، فاصبحت كانها آلة لاخذ العسل، فإذا استقر فيها العسل ملكه صاحبها لتحقق الاستيلاء الحكمى، ووجود النية حكما، وهو اتخاذ الأرض عادة لجنى عسل النحل الذى يحل فيها «هندية نقلا عن الخانية» وكذلك من نصب فسطاطا فتعلق به صيد، فإن قصد به الاصطياد ملكه لوجود الاستيلاء الحكمى، وإن لم يملكه لعدم وجود نية الإحراز «هندية ج٥ ص١٤٧ عن الظهيرية» والفروع فى ذلك كثيرة جدا.

وذهب الشافعية إلى ان الاستيلاء على الصيد إن كان بما يستعمل فى العادة ويتخذ للاستيلاء عليه ترتب عليه الملك. وإن لم يكن من المستولى قصد التملك. أما إذا تم الاستيلاء عليه بما لايتخذ لذلك عادة لم يترتب عليه الملك على أصح القولين إلا إذا قصد به التملك. فإن لم يقصد به التملك لم يملكه وإن صار أحق به من غيره. وعلى هذا لو وقع صيد فى أرض مملوكة لإنسان وصار مقدورا عليه فيها بسبب توحله أو انكسار عضو منه لم يملكه فى الاصح، إذلا يقصد بالأرض الاصطياد، ولو وقع فى شبكة أعدت للصيد ملكه بمجرد وقوعه فيها لوجود القصد إلى الاصطياد، وإلى هذا ذهب كثير من الحنابلة أيضا. راجع كشاف القناع «ج٤ ص١٣٣» والمنتهى «ج٤ ص٤٠١» والمغنى «ج١١ ص٣٠» والشرح الكبير «ج١١ ص٣٧» وقواعد ابن رجب ١٩٠ فى باب الصيد. ومن هذا يتبين متى يشترط القصد من الإحراز فى تملك المباح بالاستيلاء عليه ومتى لا يشترط.

٢ ـ الصيد [(١)]: الصيد يطلق على اقتناص الحيوان وأخذه بحيلة وحذق ودقة نظر، وكذلك يطلق على كل حيوان يمتنع على الإنسان، إما بالفرار فى الغابات والفلوات، كالأسد والغزال والأرنب والوحش، وغير ذلك من كل حيوان معتصم بالغابات والأحراش، أو متأبد ومتوحش بالصحراء، وإما بالطيران فى الهواء، كأنواع الطيور المختلفة، وإما بالسباحة والغوص فى الماء كالأسماك فى البحار.

وهذه الأنواع من الحيوان تعد من الأموال المباحة ما لم تسبق إليها يد، فلكل إنسان أن يتملكها باستيلائه عليها، فإذا حازها ملكها، ولم تدخل بعد ذلك فى ملك غيره، إلا بسبب ناقل للملكية سواء بقيت فى يده، أم انطلقت إلى حيث كانت [(٢)].

حكم الصيد : وقد أحل الله لعباده الصيد إلا فى حالين:

---

(١) الصيد مصدر صاد، يقال صاد الرجل الطير وغيره يصيده صيدا: اقتنصه وأخذه بحيلة، فالطير صيد، والرجل صائد وصياد، وكذلك يقال: صاد يصاد كعاف الشىء يعافه، ويطلق الصيد على مايصاد ويجمع حينئذ على صيود، ويقال: اصطاد بمعنى صاد والمصيدة «ككريمة» والمصيدة «بكسر فسكون ففتح» والمصيد «بكسر فسكون مع حذف الياء» آلة الصيد. ، جمعها مصايد.

(٢) إذا انطلقت إلى حيث كانت فذلك على وضعين:

١ ـ أن تنفلت من يده بدون اختياره فتفر إلى حيث كانت فى الغابة أو الصحراء أو فى الجو أو أعماق الماء، وعند ذلك تستمر ملكيته لها عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد، فإذا صادها إنسان وهى على هذه الحال لم يملكها، شأنها فى ذلك شأن العبد إذا أبق أو البعير إذا شرد، فلا يزول ملك مالكه عنه بذلك. وعلى هذا إذا تبين لمن استولى عليها من علامة فيها، كطوق أو صبغ ـ أنها مملوكة لغيره وجب عليه حينئذ أن يردها إلى مالكها إن عرفه. فإن لم يعرفه كان حكمها حكم اللقطة، وقد أشرنا إليه فيما مضى. راجع البدائع والخانية والبزازية والكشاف «ج٤ص١٣٤» والمنتهى «ج٤ص٢٠٥» والنهاية «ج١ص١٩٧» وذهب مالك إلى أنها إذا فرت بدون اختيار مالكها زال ملكه عنها إن لم تكن قد استأنست عنده. فإذا صادها شخص آخر فى هذه الحال ملكها بالصيد. فإن كانت قد استأنست عنده ثم انفلتت لم يزل ملكه عنها مادامت لم تتوحش، فإذا صادها شخص آخر على هذه الحال ملكها. وقيل لايزول الملك بالتوحش، وعليه ردها إلى مالكها. ويلاحظ أن ذلك خاص بالصيد دون مايكون عليه من حلى وقلائد، فإنه يكون لمالكه الأول فى جميع الأحوال السابقة، راجع «منح الجليل ج١ ص٥٨٥». وفى «المواق ج٦ ص٣» الصيد إذا انفلت ولحق بالوحش وطال عليه الزمن زالت ملكيته، وكان لمن صاده بعد ذلك، ولم يفرق ابن المواز فى ذلك بين صيد قد صيد وصيد قد اشترى ا.هـ.

٢ ـ أن يطلقها مالكها اختيارا تاركا لها، كما إذا صاد سمكة ثم رماها فى الماء، أو طيرا ثم أطلقه، وفى هذا خلاف بين علماء الحنفية، فذهب بعضهم إلى أن ملك مالكها يزول بذلك، فإذا صادها إنسان بعد إطلاقها ملكها بالصيد؛ لأنها بالترك أصبحت مباحة لكل إنسان، وذهب آخرون إلى أنه لايزول، وأن الحكم فى هذه الحال كالحكم فى الحال الأولى، غير أن آخذها يجوز له الانتفاع عند ذلك كما فى الحموى على الأشباه «ج٢ ص١٠٥» ولمالكه أن يستردها منه. وفى البزازية أن هذا القول هو المختار. وهو المتفق مع قواعد الحنفية، ومحل =

الأولى- أن يكون الصائد مُحْرِمًا.

الثانية- أن يكون الصيد فى الحرم، وهو دائرة محدودة من الأرض تحيط بالكعبة على أبعاد تتجاوز مكة إلى مسافات مختلفة إذا دخلها الحيوان كان آمنا، قال تعالى (٥:١) ﴿أُحِلَّتْ لكم بَهِيمةُ الأنْعَام إلا ما يُتْلى عَلَيكُم غير مُحلى الصيْد وأنتُم حُرُم﴾. ثم قال (٥:٢) ﴿ وإذا حَلَلتُمْ فاصْطَادُوا﴾ وقال (٥:٩٦) ﴿أُحِلَّ لكُم صَيْدُ البَحْر وَطعَامه متَاعًا لكم ولِلسَّيارَة وَحُرِّمَ عَلَيكُم صيْدُ البَرّ مادمتُمْ حُرُما﴾[1].

أثره: والصيد كما يكون سببًا لامتلاك المَصِيد، كذلك يكون طريقا إلى حل أكله، فمن ناحية أنه استيلاء على مال مباح يكون مفيدا للملك، ومن ناحية أن الشارع اعتبره ذكاة للحيوان وألحقه بالذبح، إقرارًا لما استقر عليه عرف الناس وجرت به عادتهم، يفيد حل أكل الصيد، غير أنه يشترط فى إفادته ذلك الحل شروطًا كثيرة ليس يعنينا أن نذكرها هنا، لأننا بصدد أن نبينه باعتباره سببا منشئا

= هذا الخلاف إذا لم يبين مالكها عند تركها أنه قد تركها لتؤخذ أو ليملكها من شاء. فإن بين ذلك بلفظه لم يزل ملكه عنها بمجرد تركها ولكنها تبقى على ملكه فيستردها ممن يأخذها «راجع الحموى على الأشباه».

وذهب بعض العلماء إلى أن ملكه يبقى إلى أن يتناولها إنسان فتصير ملكا له، لا بالاستيلاء حينئذ ولكن بتمليك تركها - من شاء فليأخذها - وكان ذلك لقوم معينين، فهى لمن أخذها منهم، وإن لم يقل ذلك لقوم معينين بأن قاله لا لقوم معينين، أو لم يقل شيئًا عند الترك لم تزل بعد تركها على ملك صاحبها وله أخذها إن وجدها. كما شرحنا ذلك عند كلامنا على الإباحة فارجع إليه.

وذهب الشافعى وأحمد إلى أن ترك المالك لما يملك لا يخرجه عن ملكه، ففى نهاية المحتاج فى الموضع السابق: متى ملك الإنسان الصيد، لم يزل ملكه عنه بإرساله إياه على أصح القولين؛ لأن رفع اليد لايقتضى زوال الملك، كما لو سيب دابته، ولهذا يتبعه المالك أنى وجده، وعلى آخذه أن يرده إليه إن عرفه، ومثل هذا فى الحكم ما إذا أباح المالك ملكه لغيره وتركه له فلا يخرج عن ملكه، وإذا أخذه المباح له لم يتملكه بالأخذ، ولذا لاينفذ فيه تصرفه بالبيع ونحوه، ولكن يحل له أكله دون أن يضمن قيمته. وقيل إذا أرسل المالك مايملك زال ملكه عنه، لأنه فى المعنى كإعتاق العبد. وفى الكشاف والمنتهى فى الموضع السابق، من أرسل صيدا أو بعيرا أو شاة لم يزل ملكه عنه بإرساله، سواء أذكر عند إرساله مايفيد أنه تركه أم لم يذكر، وهذا بخلاف كسرة أعرض عنها إذ يملكها آخذها لأنها مما لاتتبعه همة أوساط الناس عادة. وروى أن ملكه يزول بتركه لما يملك ونبذه مطلقا، فيملكه آخذه بأخذه راجع الفروع «ج٢ ص٨٤٩» وقد ذكرنا ذلك.

(١) إذا صاد محرم صيدا فى الحرم أو فى الحل لم يتملكه، وكذلك إذا صاده فى الحرم حلال لم يملكه ووجب على كل منهما إرساله، سواء كان فى يده أو فى قفصه أو فى بيته كما فى «رد المحتار ج٢ ص٢٣٩ نقلا عن اللباب» ووجه ذلك فيما يظهر لى أن الصيد فى هذه الأحوال ليس مباحا لمن صاده بمقتضى الآية وغيرها من الأحاديث فلا يملك بالاستيلاء عليه، وكذلك حرمت السنة اصطياد صيد الحرم، فكان غير مباح لمن أراده. ولذا لايملكه من أخذه. وهذا رأى الشافعى أيضا. راجع النهاية فى الصيد.

للملكية، سواء أفاد حل أكل الصيد أم لم يفد، فإذا رأيت أرنبا، فأرسلت عليه كلبك المعلم، فجاءك به جريحا قد مات من جرحه فقد ملكته وحل لك أكله، ملكته باستيلاء كلبك عليه، وحل لك أكله بجرحه جرحا قام مقام ذبحه، وإذا أرسلت عليه كلبك غير المعلم فجاء به إليك كذلك ملكته بالاستيلاء وجاز لك أن تنتفع بجلده وشعره، ولم يحل لك أكله، إذ من شروط حل الأكل أن يكون الكلب قد تعلم الصيد. وأن تسمى الله حين ترسله.

شروط إفادته الملك: وللصيد وسائل شتى، فقد يكون بالكلاب المعلمة، وقد يكون بالشباك أو بالنبال وما فى حكمها من الآلات الرامية، وقد يكون بغير ذلك من الوسائل ويكون فى البر وفى البحر.

وإنما يفيد الملك إذا تم به الاستيلاء على الصيد، ، سواء أكان استيلاء حقيقيا أم استيلاء حكميا.

فالحقيقى: يكون بإمساك الصيد باليد أو بالاقتراب منه وهو في المصيدة، بحيث لو مدت إليه اليد لأمسكته، وبه يتملك الصيد، حتى إذا انفلت الصيد بعد ذلك لم يزل ملك الصائد عنه، ولم يتملكه غيره بعد ذلك، وكذلك الحكم إذا تركه الصائد اختيارا ففر، ثم صاده آخر على القول المختار كما بينا.

والاستيلاء الحكمى: يتم بواسطة آلات الصيد وحدها. بشرط أن يصير به الصيد غير ممتنع وغير قادر على الفرار والعودة إلى حالته الطبيعية، ويكون ذلك إذا ما أمكن أخذه والقبض عليه بدون معاناة. أو استعمال وسائل أخرى من وسائل الصيد، وإن شئت قلت: إن الاستيلاء الحكمى يكون بتهيئة الصيد؛ لأن يستولى عليه استيلاء حقيقيا.

وبهذا النوع من الاستيلاء يتملك الصائد الصيد بشرطين:

الأول: ألا ينتقض ذلك الاستيلاء بانفلات الصيد وفراره قبل إمساكه، وبعبارة أخرى: قبل أن يصير الاستيلاء عليه حقيقيا، فإذا نصب إنسان شبكة فتعلق بها صيد ملكه بذلك الاستيلاء، بشرط ألا ينتقض قبل استقراره، ويستقر إذا جاء صاحبها فأمسكه أو اقترب منها، بحيث لو مد يده إلى الصيد لأخذه حتى إذا انفلت بعد ذلك بعلاج الشبكة ففر لم ينتقض، وإذا صاده شخص آخر لم يملكه

كذلك، ولكن إذا عالج الصيد الشبكة حتى انفلت منها وفر قبل حضور الصائد لإمساكه، فإنه لايصير مملوكا بما كان من الاستيلاء عليه، ولذا لو صاده إنسان آخر بعد ذلك، فإنه يملكه بصيده، وليس للأول أخذه.

الثانى ـ ألا تكون آلة الصيد حين تعلق الحيوان بها قد وضعت لغرض آخر غير الصيد، ويتحقق هذا الشرط بأن تكون آلة الصيد قد وضعت بقصد الاصطياد أو بلا قصد، فإذا تعلق بها حيوان فى الحال ملكه الصائد بذلك، مع مراعاة الشرط الأول؛ لأنه يعتبر مستوليا عليه بواسطة هذه الآلة، حتى لو وضعها كذلك، ثم توفى بعد وضعها فتعلق بها الصيد بعد وفاته كان من تركته.

أما إذا وضعها لغرض آخر كالشبكة يضعها بقصد تجفيفها، فتعلق بها الصيد لم يملكه صاحبها منذ تعلق بها، وإنما يملكه صاحبها إذا حضر إليه فأمسكه، أو حضر إليه فكان قادرا على إمساكه بيده؛ لأن استيلاءه عليه لايتحقق إلا بأحد هذين الأمرين، فلو أن رجلا جاء فى هذه الحال قبل حضور صاحب الشبكة فأخذ الصيد منها، فإنه يملكه بذلك لاستيلائه على مال مباح لما يصر مملوكا.

وإذا كانت الآلة ليست للصيد فتعلق بها صيد لم يملكه صاحبها إلا إذا كان قد وضعها بقصد الصيد. وتوافر الشرط الأول، فإن لم يقصد بها الاصطياد لم يملكه بتعلقه بها، وإنما يملكه إذا حضر إليها فأمسكه، أو ذهب إليه حتى اقترب منها بحيث لو مد يده إلى الصيد لقدر على أخذه؛ لأنه يعد بذلك مستوليا على الصيد، فيملكه بذلك الاستيلاء لا بتعلقه بالآلة. فالفرق بين آلة الصيد وغيرها: أنه يشترط نية الصيد فى آلة ليست للصيد، ويشترط ألا ينوى غرضا آخر غير الصيد فى آلة الصيد[1].

مسائل تفريعية: وينبنى على ذلك مايأتى:

(أ) اعتاد بعض الناس أن ينشئ أبراجا ليأوى إليها الحمام. فما كان منه مباحا لم يسبق أن تملكه أحد بالاستيلاء عليه؛ يتملكه صاحب البرج إذا آوى إليه متى كان بحيث يستطيع إغلاقه عليه. لأنه بذلك يستولى عليه لاستقراره فى مكان أعد لصيده، وما يأوى إليه من حمام الناس لايملكه بأية حال، كما لايملك مايلده من

(١) راجع «الهندية ج٥ ص١٤٧، ١٤٨».

فراخ، ومايبيضه من بيض، أما فراخ المباح منه وبيضه فتكون ملكا لصاحب البرج في جميع الأحوال؛ لأن استقرارها في البرج المعد لذلك يعد استيلاء عليها، وبذلك تملك.

(ب) إذا وضع إنسان كوارات للنحل في أرضه أو في داره فاحتلها النحل، فإنه يصير ملكا لصاحب الكوارات، لاستقراره في مكان أعد لصيده، وكذلك مايخزنه النحل فيها من عسل؛ لاستيلائه عليه بواسطة الكوارات، فإذا ماهاجه إنسان فانتقل بذلك إلى كوارات شخص آخر، لم يزل بذلك ملك الأول عنه، وكان له أخذه ورده إلى كواراته، ولكن إذا اتخذ النحل في أرض شخص مكانا لم يعد له من قبل، فلا يملكه بذلك صاحب الأرض؛ لأنه استقر في مكان لم يعد لصيده، فلا يعد وجوده فيه استيلاء عليه، لجواز أن يتركه، وإنما يملك عسله لوجوده في أرضه على وجه لايزايلها، وكذا لو انتقل النحل إلى أرض شخص آخر لم يكن له أن يتبعه، لأنه لايعد مستوليا عليه بحلوله في أرضه واستقراره بها.

(جـ) رجل له مجرى ماء خاص في أرضه متصل بالنهر، فلما ساق إليه الماء انتقل إليه من النهر سمك كثير. فأقام الرجل عند ذلك سدا بينه وبين النهر رغبة منه في أخذ السمك، فإذا كان السمك بحيث ينال باليد بدون وسيلة وعناء، كان ملكا لذلك الرجل؛ لأنه في هذه الحال يعتبر بوجوده في المجرى بعد إقامة السد محرزا، فلا يجوز لأحد حينئذ أخذه من المجرى، وإن كان بحيث لاينال إلا بصيده بشبكة أو نحوها لم يملكه صاحب المجرى في هذه الحال. وكان لغيره أن يصيده، وإذا صاده صاحب المجرى في هذه الحال، وكان لغيره أن يصيده، وإذا صاده ملكه، وهذا إذا كان المجرى طويلا أو متسعا كثير الماء، وأما إذا أقيم السد على جزء صغير منه، فإن إقامة السد في هذه الحال تعتبر إحرازا لما في هذا الجزء من السمك، فيتملكه بذلك كما يدل على هذا ما في فتح القدير؛ لأن هذا الجزء يعتبر كالحظيرة. وإذا صرف صاحب المجرى الماء عنه بطريقة منعت السمك أن يتسلل منه، فإنه يملكه بذلك العمل، للقدرة على تناوله حينئذ بدون عناء[1].

---

(١) راجع فتح القدير «ج٥ ص١٩١» والبزازية «ج٦ ص٣٠٣». وذهب بعض المالكية كابن الكاتب إلى أن سمك البحيرات المملوكة ملك مالكها، فله بيعه، كما أن ماء الآبار المملوكة مملوك لصاحب البئر. راجع منح الجليل «ج٤ص٣٢» وذهب آخرون إلى إنه لايملكه فلا يبيعه ولكن يكون أحق الناس به إذا احتاج إليه، وعند ذلك له أن يمنع من صيده، أما إذا لم يحتج إليه بأن كان لايصيده فليس له أن يمنع أحدا من صيده. راجع المنح والزرقانى.

(د) إذا صاد إنسان سمكًا فانفلت منه قبل أن تصل إليه يده لم يملكه بصيده، لانتقاض الإمساك الحكمى، ولكن إذا انفلت منه بعد أن أمسكه بيده أو بعد وضعه على الشاطئ فإنه يملكه، ولايزول ملكه عنه بانفلاته ووقوعه فى الماء، لحصول ذلك بعد الإمساك الحقيقى.

(هـ) إذا دخل ظبى دار إنسان، لم يملكه بمجرد دخوله، لعدم تحقق الإحراز بذلك، ولكن إذا أغلق عليه الباب لأجل إحرازه ملكه بذلك الإغلاق، فإن أغلقه لغرض آخر لم يملكه[1] بذلك، وإذا سقط فى حفيرة، فإن كانت للصيد ملكه بسقوطه فيها، وإن لم تكن للصيد لم يملكه بذلك، حتى لو حضر إنسان فأخذه منها ملكه بذلك الأخذ، ما لم يكن مالك الحفيرة قد سبق إليها، وكان منها بحيث لو أراد الصيد لأخذه، فإن اقترابه منها على هذه الحال يعد استيلاء على الظبى فيملكه بذلك.

(و) إذا رمى إنسان صيدا، فأصابه فإن أخرجه بهذه الإصابة عن امتناعه، بأن لم يستطع معها الطيران إن كان طيرا، أو الجرى إن كان ظبيا أو أرنبا، فإنه يملكه بذلك وإن لم يمسكه فعلا، حتى لايكون لإنسان آخر أن يأخذه بعد ذلك، وإن أخذه لم يملكه وكان للأول أن يقوم عليه حتى يأخذه منه، وإذا رماه آخر فى هذه الحال فقتله كان ضامنًا له.

(ز) إذا رأى إنسان غزالا فأرسل عليه كلبه فاقتنصه، ملكه بذلك، حتى لو تركه الكلب بعد ذلك لم يزل ملكه عنه، إذ صار غير قادر على الفرار بعد أخذ الكلب له فإن فر انتقض الاستيلاء عليه، حتى لو صاده إنسان بعد ذلك ملكه بصيده، والفروع من ذلك كثيرة ولكنها لاتخفى عليك بعد معرفتك مايعد استيلاء وما لايعد فنكتفى بما ذكرنا.

٣ ـ **الاستيلاء على الركاز:** ركزت الرمح ركزا من باب قتل وضرب أى أثبته بالأرض وغرزته فارتكز. والركاز: اسم جمع، واحده ركزة. ويطلق على المال المدفون فى الجاهلية، وهو فعال بمعنى مفعول، أى مركوز، كالبساط بمعنى المبسوط، والكتاب بمعنى المكتوب. ويطلق أيضا على المعدن. وفى القاموس:

---

(١) راجع الهندية: ج٦ ص٤١٨ والزازية فى الصيد.

«الركاز ماركزه الله فى المعادن أى أحدثه. ودفن الجاهلية» والمراد بالمعادن فى هذه العبارة: المحال جمع معدن وهى محل الفلز فى الأرض، من عدن بالمكان إذا أقام فيه، ومنه جنات عدن. وعلى ذلك فالركاز يطلق على مايحويه باطن الأرض من فلزات كالذهب والحديد والنحاس والفضة مما يسمى الآن بالمعادن، وعلى مايدفنه فيها الإنسان من ذلك ونحوه مما يسمى كنز: ، وأركز وجد الركاز، والفرق بين الفلز والكنز: أن الفلز اسم لما هو جزء من الأرض من جواهرها المعروفة الآن بالمعادن، تسمية لها باسم محلها، وأن الكنز ليس جزءا من الأرض، وإنما هو دفين ومودع فيها، أودعه الإنسان فى باطنها، نقودا كان أم حليا أم سبائك أم متاعا.

أنواع المعادن أو الفلزات: المعدن ثلاثة أنواع:

١ ـ **فمنه صلب قابل** للطرق والسحب والانطباع بالنار، فتصنع منه الصفائح والأسلاك ونحوها، كالذهب، والفضة، والنحاس، والحديد.

٢ ـ **ومنه صلب لايقبل** الانطباع بالنار ولا الطرق والسحب، كالماس والياقوت والزمرد ونحوها.

٣ ـ ومنه سائل كالزئبق والبترول وغيرها من الزيوت المعدنية.

أحكامها: يرى المالكية فى أشهر أقوالهم أن ليس شىء من الأنواع الثلاثة فى محالها «مناجمها» من الأموال المباحة حتى يتملكها من وجدها واستولى عليها، وإنما هى ملك للمسلمين استولوا عليها باستيلائهم على أرضها؛ لأنها منها وثمرة من ثمراتها، ولكنها مع هذا لاتعد تابعة له، فلا تملك بامتلاكها، إذ ليس لمثلها تملك الأرض وتطلب عادة، فبقيت للمسلمين، أمرها إلى الإمام، يستغلها بعماله لصالح المسلمين، أو يقطعها لمن يشاء نظير مال يصرف فى مصالحهم، أو مجانا إن رأى مصلحتهم فى ذلك، إذا أقطعها لم يجز له أن يقطعها تمليكا، وإنما يقطعها انتفاعا، لمدة معينة أو مدة حياة من أقطعه إياها، ولذا لايرثها من بعده ورثته، بل يرد الأمر فيها إلى الإمام، لافرق فى ذلك بين مايوجد فى أرض مملوكة ومايوجد فى أرض غير مملوكة، ولا بين نوع منها ونوع آخر.

وفى منح الجليل: إن هذا الحكم دعت إليه المصلحة؛ لأن المعادن قد يجدها شرار الناس فإن تركت لهم أفسدوا، ولأنها على العموم مدعاة إلى التحاسد

والتقاتل وسفك الدماء، فجعلت للإمام درءا لكل هذه المفاسد وما ماثلها، وهذا أوجه؛ لأن السبب الأول لايعم مايوجد من المعادن فى أرض أسلم أهلها عليها، إذ لم يستول عليها المسلمون[1].

وذهب غير المالكية من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن هذه المعادن قد تكون مملوكة وقد تكون مالا مباحا.

فإذا وجدت فى أرض مملوكة كانت تابعة لأرضها لأنها جزء منها، وجدت معها أو منها خلقت، فإن كانت الأرض لشخص فما يكون فيها من المعادن فهو ملك له، وإن كانت من أملاك الحكومة الخاصة كانت معادنها ملكا للحكومة، وإن كانت الأرض موقوفة كانت معادنها وقفا تبعا لها عند الحنفية، فتصرف فى مصالحها لا للمستحقين فيها؛ لأنها ليست بغلة، وذلك بناء على مااستظهره ابن عابدين [2] واستثنى أحمد من ذلك - فى رواية عنه - المعدن السائل؛ لأنه لايعد جزءا من الأرض، لشبهه بالماء يستنبط منها. فلا يتبعها فى الملكية، ولايكون ملكا لصاحبها، وإنما يكون مالا مباحا صاحب الأرض أولى به من غيره، وذلك لقوله عليه السلام: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو له» رواه أبو داود، وفى رواية: «فهو أحق به» راجع المنتهى: «ج٢ ص٤٣١». وفى هذا الرأى نظر، فإن الماء إنما جعل شركة بين الناس ولم يكن لمالك منبعه للحديث «الناس شركاء فى ثلاثة فى الماء والهواء والنار» وليس المعدن واحدا منها، وأما قوله عليه السلام: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو له» فهو أظهر فى إفادة الملك، وعلى ذلك فرأى أبى حنيفة والشافعى أوجه، وهو كذلك رواية أخرى عن أحمد، ذكرها صاحب الشرح الكبير فى باب الموات.

---

(١) وللمالكية قولان آخران: أحدهما أن المعادن بجميع أنواعها ملك لصاحب الأرض إن وجدت فى أرض مملوكة لأهلها - وهم من أعطيت إليهم للانتفاع بها نظير الخراج - إن لم تكن مملوكة كما إذا فتحت عنوة فصارت بذلك وقفا على مصالح المسلمين فإن لم يكن لها مالك ولا أهل كانت للواجد، ومبنى هذا القول - كما هو الظاهر - اعتبارها من الأموال المباحة وإنها أحرزت بإحراز الأرض، أو باستخراجها من الأرض، إذا كانت غير مملوكة، فتملك بذلك الإحراز، وتكون ملكا لصاحب الأرض أو لواجدها، وثانيهما: أن هذا الحكم خاص بغير الذهب والفضة، أما الذهب والفضة فيهما للإمام على كل حال، ومبنى هذا القول أن المصلحة دعت إلى استثناء الذهب والفضة لشدة الرغبة فيهما، والتحاسد والتقاتل عليهما.

(٢) قال الرملى فى حاشيته على أسنى المطالب: إذا استخرج من أرض موقوفة هل يكون لجهة الوقف خاصة أو للمصالح مطلقا؟ فيه نظر: ج١ ص٣٨٥.

وإذا وجدت فى أرض مباحة غير مملوكة كانت أموالا مباحة تبعا لها. فتكون للواجد، جامدة كانت أم سائلة.

ذلك مايتعلق بامتلاك المعادن من الأحكام، وخيرها - فيما أرى - ماذهب إليه مالك على أشهر الروايات، لقوة مبناه وعموم مايحقق من مصلحة.

ومما يجب ملاحظته مع هذا أن مالكا والشافعى وأحمد يرون أنها إذا كانت للواجد أو لصاحب أرضها ملكها كلها، ولا يجب عليه فيها إلا الزكاة فى بعض الحالات، ووجوب الزكاة لا ينافى عموم ملكيته لها، وأن أبا حنيفة يرى هذا فى جميع نوعيها الأخيرين، غير أنه لايوجب فيها زكاة. ويجعل النوع الأول مشتركا، للمصالح العامة فيه الخمس، والباقى للواجد أو لمالك الأرض (1).

---

(1) ليس من موضوعنا أن نفصل القول فيما يجب فى المعادن على العموم، من مؤنة، ولكنى أفضل أن أتعرض له بالقدر الذى يتبين به مقدار مايخلص من المعادن لمن استخرجها واستولى عليها، ونترك التفصيل لموضعه. فالمالكية يرون أن الزكاة مستحقة فيما يستخرج منها إذا كان ذهبا أو فضة متى بلغ نصابا، والنصاب من الذهب عشرون مثقالا وقيمتها بالعملة المصرية ١١.٨٧٥ جنيها ذهبا. ومن الفضة مائتا درهم وقميتها بالنقود ٦٢٩قرشا ذهبا وثلثى قرش، فيؤخذ من المستخرج إذا بلغ ذلك أو زاد ربع العشر عند استخراجه، ويصرف فى مصارف الزكاة، ولاتجب زكاة فى غير هذين النوعين من المعادن كالنحاس والحديد والقصدير والبترول ونحوها. راجع منح الجليل: ج١ ص٣٦٧. وإلى هذا ذهب الشافعية، راجع النهاية : ج٣ ص٩٦.

ويرى الحنابلة وجوب الزكاة «ربع العشر» فيما يستخرج من كل نوع منها لافرق بين جامد وسائل ولا بين ذهب وحديد؛ لأنها ثمرة للأرض كالحبوب بشرط ان يكون المستخرج نصابا أو اكثر، وأن يكون مستخرجه من أهل الزكاة، ولذا ينقص منه بقدر ماعليه من الدين، راجع الكشاف: ج١ ص٤٥٨ ولايشترط حولان الحول عند الجميع.

وذهب الحنفية إلى أن المعادن نوع من الغنائم ولذا لاتجب فيها زكاة، وإنما يجب فى النوع الأول منها فتط الخمس؛ لأنه ليس من جنس أجزاء الأرض لحديث «وفى الركاز الخمس» والركاز كما تقدم يشمل المعدن والكنز، وفى الأصل عن أبى حنيفة أن ذلك إذا وجد فى أرض مملوكة لشخص معين لم يجب فيه شىء؛ لأنها حين انتقلت إليه تملكها بجميع ماتحويه مما خلق منها. فلا يجب عليه فى المعدن يوجد فيها شىء. وأما النوع الثانى وهو ماكان عن جنس أجزاء الأرض، والنوع الثالث وهو ما كان شبيها بالماء، فلا يجب فيهما شىء، إذ لايجب شىء فى التراب والأحجار والماء مما يكون فى باطن الأرض. ومنه يستخرج كذلك لايجب فى مثله من الماس والياقوت والبترول؛ لأن هذه الأحجار لما كانت من جنس أجزاء الأرض كان تصرف الإمام فى الأرض بإبقائها فى يد أهلها وإقرار ملكيتهم لها يوم استولى عليها تصرفا شاملا لأجزائها. ومنها هذه الأحجار، فكانت ملكا لمن أعطيت لهم، ولم يجب لذلك فيها شىء؛ لأنها إنما أعطيت بعد إخراج الخمس، ولأن هذا التصرف يومئذ لما يكن شاملا لما استقر بباطنها من المعادن؛ لأنها ليست من جنس أجزائها كالذهب والفضة ونحوها، بقيت على حكم الغنائم، ووجب فيها لذلك الخمس، لقوله تعالى: (٨:٤١) ﴿واعلموا أنما غنمتم من شىء فإن لله خمسه﴾ ولم تكن أربعة الأخماس الباقية ملكا لمن أعطوا الأرض؛ لأن إعطاء الإمام لم يشملها لما تقدم، وكانت ملكا لمالك الأرض إن وجدت فى أرض مملوكة ولواجدها إن وجدت فى أرض مباحة؛ لأن يد هذين يد حقيقية فتم بها الاستيلاء والملك. بخلاف يد الغانمين إذا كانت حكمية فلم يتم بها الاستيلاء=

معادن البحار: وأما ماتدسره [1] البحار من حلى ومعادن وغيرها كالعنبر والمرجان واللؤلؤ، وأما مايستخرج منها من ذلك، فإن أبا حنيفة يرى أنه مال مباح يكون ملكا لأول شخص استولى عليه، ولا شيء فيه لبيت المال، إذ ليس قاع البحر وما فيه تحت غلبة الإمام، وما وجب الخمس فى المعادن التى توجد فى الأرض إلا لأن الإمام قد غلب على أرضها. فلما انتفت علة الحكم - وهى الغلبة على مكان المعدن - فيما يؤخذ من البحار انتفى الحكم وهو وجوب الخمس فيه، فكان ما يؤخذ منه مثل الأسماك، ليس لبيت المال فيه شيء، وإلى هذا ذهب مالك وأحمد والشافعى، وذهب أبو يوسف إلى وجوب الخمس فيما يدسره البحر، ومايبقى فلواجده، وحجته فى ذلك: أن ما فى البحر مما تغلب عليه أيدى الملوك، وأن عمر رضى الله عنه حين كتب إليه فيما يدسره البحر من العنبر أفتى بأن يؤخذ الخمس منه وغيره مثله. وبهذا أخذ عمر بن عبدالعزيز.

= وليس يخفى مافى هذين الدليلين من أوجه النقد والنظر، إذ كيف يجعل البترول - مثلا - فى حكم الماء بجامع السيولة بينهما، وهو وصف طردى غير مناسب؟ ثم كيف يكون إخراج الخمس قبل توزيع الأرض يتناول ماقد يكون فى باطنها من الأحجار الكريمة قبل اكتشافه والعلم به، ولم يلاحظ مع ذلك فى تقديره وقت أخذه؟ وكيف تكون يد الغانمين على ماقد يوجد فى باطنها من الذهب والفضة يدا حكمية ويد مالك الأرض حقيقية ولافرق بين اليدين من ناحية الاستيلاء على الأرض؟

غير أن الإمام قد اختلف مع صاحبيه فى وجوب هذا الخمس فى موضعين:

الأول: أن الأرض إما عشرية أو خراجية وإما أرض لا مؤنة عليها كالدور المبنية، فالأرض العشرية هى ما وجب فى حاصلاتها العشرأو نصف العشر تبعا لطريقة ريها وسقيها، فإن رويت بلا آلة نفى حاصلاتها العشر وإن رويت بآلة ففيها نصف العشر، وهذه هى الأراضى التى أسلم أهلها باختيارهم ولم يغلب عليها المسلمون بخيلهم ورجلهم. أو التى لايقبل من أهلها إلا الإسلام او القتل، من عبدة الأوثان من العرب، ويلحق بها أراضى الفلوات والصحارى والجبال، فتعتبر من الأراضى العشرية (كما جاء فى الخانية)؛ لأنها إذا أثمرت شيئا كان فيه العشر. والأرض الخراجية هى كل أرض ظهر عليها المسلمون فابقوها فى أيدى أهلها، وكذلك كل أرض صالح أهلها المسلمين على قبول دفع الجزية (ضريبة تفرض على كل قادر عليها منهم)، وأن يصيروا أهل ذمة للمسلمين.

فإذا وجد النوع الأول من المعادن فى أرض عشرية أو خراجية فخمس ما يستخرج منه لبيت المال اتفاقا بين الإمام وصاحبيه، وإذا وجد فى دار شخص أو حانوته لم يجب فيه شيء لبيت المال عند الإمام؛ لأنه وجد فى باطن أرض لا مؤنة عليها فيأخذ حكمها، وخالفه فى ذلك صاحباه لعموم قوله عليه السلام: «وفى الركاز الخمس» لأنه يشمل كل معدن سواء أوجد فى دار أم غيرها.

الثانى الزئبق، فإن الطرفين ذهبا إلى إيجاب الخمس فيه لعدهما إياه من الفلزات المعدنية تشبيها له بالرصاص، وخالفهما أبو يوسف؛ لأنه سائل كسائر الزيوت المعدنية فى نظره. وقد جاء فى البدائع أن أبا يوسف قال: سألت أبا حنيفة عن الزئبق، فقال: لا خمس فيه. فلم أزل به حتى قال: فيه الخمس. وكنت أظن حينئذ أنه مثل الرصاص والحديد، ثم تبين لى أنه كذلك وأنه بمنزلة النفط. فرجعت إلى قول أبى حنيفة الأول.

(١) دسره البحر: قذفه ورماه، من باب نصر.

أنواع الكنز: الكنز نوعان: إسلامي وجاهلي. فالإسلامي ماوجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن في الأرض بعد ظهور الإسلام عليها، أو علم ذلك بأى دليل من الأدلة. والجاهلي، ما وجد به شعار أو كتابة يدلان على أنه قد دفن في الأرض قبل ظهور الإسلام عليها، أو علم ذلك بأى طريق من الطرق. فإن جهل حاله فقد اختلف فيه الرأى، فذهب بعض العلماء إلى اعتباره جاهليا، لأن أكثر ما يوجد من الكنوز لأهل الجاهلية، وذهب آخرون إلى اعتباره إسلاميا لتقادم العهد على الإسلام، فيقرب أنه دفن أهله.

حكم الإسلامي : لا يعد من الأموال المباحة؛ لأنه مملوك لصاحبه ملكا محترما، فلا يملكه واجده، وإنما يعد لقطة، فيجب تعريفها حتى يظهر صاحبها، فإن يئس من معرفته حفظت، أو تصدق بها، وهذا رأى الحنفية[1].

حكم الجاهلي: أما الجاهلي، فقد اتفق الأئمة الأربعة على أن خمسه لبيت المال، لقوله عليه السلام: «وفى الركاز الخمس» والركاز عند الحنفية يشمل المعدن والكنز، وعند الأئمة الثلاثة لايراد به إلا الكنز، وإنما وجب فيه الخمس لاعتباره من الغنائم، فإنه مال غلب عليه المسلمون ففيه الخمس، غير أن الشافعي لايرى إيجاب الخمس إلا فيما كان منه ذهبا أو فضة، بشرط أن يبلغ نصابا، فإذا لم يوجد به ذهب ولا فضة أو وجد منهما مالا يبلغ نصابا فلا شيء فيه [2].

وما بقى بعد ذلك يعتبر مالا مباحا عند أحمد، فيكون ملكا لواجده، سواء أوجده في أرض مملوكة له أو لغيره [3] أم في أرض غير مملوكة؛ لأن الكنز ليس جزءا من الأرض فلا يملك بامتلاكها. وكان بذلك مالا غير محرز فيملكه من أحرزه، ولا يعد ملكا للفاتحين لعدم تمام إحرازهم له. وهو قول أبى يوسف ورواية عن مالك. راجع التاج: ج٢ ص٣٤٠.

---

(١) ومن العلماء من ذهب إلى أن الملكية في هذه الحال تزول عنها ويتملكها واجدها، وقد روى عن عمر وابن مسعود وعائشة، وبه قال الشافعي وأحمد، غير أنهما يلزمان واجده بأن يرده إلى صاحبه إن ظهر وهو موجود، فإن لم يكن موجودا رد إليه قيمته.

(٢) خالفه مالك في هذا. واشترط لإيجاب الخمس فيه ـ وإن كان عرضا ـ ألا يحتاج في استخراجه والحصول عليه إلى كثير من النفقة أو كثير من العمل، فإن احتاج إلى ذلك كان الواجب فيه ربع العشر فقط، وإلا كان الواجب الخمس، وإن احتاج الانتقال إلى محله والسفر إليه كثيرا من النفقة.

(٣) إذا وجد في أرض مملوكة لمعين فادعاه صاحب الأرض كان له مع يمينه لرجحان دعواه باليد السابقة على الأرض. راجع الكشاف ج١ ص٤٦٠. وروى كذلك أنه إذا وجد في أرض مملوكة كان لمالكها، براجع الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص١١٢.

وذهب أبو حنيفة ومالك والشافعى إلى أنه يكون ملكا لواجده بإحرازه إن وجده فى أرض مباحة غير مملوكة لأحد، كالصحراء والجبل، أو فى أرض ملكها بإحيائها؛ لأنه أول مستول عليها، ولكن إذا وجده فى أرض مملوكة لغيره أو مملوكة له بالشراء مثلا، فرأى أبى حنيفة أنه يكون ملكا لأول مختط لها «من أعطيها حين الفتح» ولورثته من بعده إن عرفوا فإن لم يكن لها مختط بأن ملكت لأول أمرها بالإحياء، فإنه يكون لأول من أحياها ولورثته من بعده إن عرفوا؛ ذلك لأن من أعطيها عند الفتح ملكها وملك ماتحويه من الكنوز بإعطاء الإمام، وكذلك من أحياها يتملكها بالإحياء، ويتملك مابباطنها كذلك من الكنوز الجاهلية تبعا لها، ثم تنتقل ملكية هذه الكنوز إلى ورثة كل منهم بوفاته، وهكذا دون أن يمنع من ذلك تصرف فى الأرض من مالكها بالبيع ونحو ذلك؛ لأن العقود المالية إنما ترد على محالها فقط، وهى الأرض هنا، دون ماقد يكون مستودعا بباطنها من الكنوز، فلا يشملها العقد ولاتنتقل به إلى المشترى ولا إلى الموهوب له، وإنما يظهر أثر العقد فى الأرض فقط، وتبقى الكنوز متنقلة بالوراثة فى ورثة أول مالك، ونظير هذا ما لو باع إنسان سمكة صادها وفى جوفها جوهرة لايعلمها. فإن الصائد البائع يملك الجوهرة بالاستيلاء على السمكة، ولا يشملها عقد البيع؛ لأنه لم يرد عليها وإنما ورد على السمكة فقط، ولهذا لايتملك المشترى إلا السمكة، وعليه أن يرد الجوهرة لصائد السمكة الذى باعها.

فإن لم يعرف أحد من هؤلاء اختلف رأى الحنفية، فقال بعضهم: يكون الكنز لبيت المال؛ لأنه مستودع أموال المسلمين التى لايعرف لها وارث - وهذا ظاهر - وقال آخرون يكون لأقصى مالك معروف للأرض؛ لأنه هو الذى يظن فيه أنه أول مالك لها، فإن لم يوجد فلورثته.

وعلى هذا فمبنى رأى الحنفية أن الكنز إما مال مملوك لمحارب فيملك بأخذه مع الأرض، سواء أملكت عنوة أم بإحياء، وإما مال مملوك لمسلم أو ذمى فيكون حكمه حكم اللقطة [1].

---

(١) مذهب مالك لايختلف فى أساسه عن مذهب الحنفية. ولذا يرى أن الكنز إذا وجد فى أرض استولى عليها المسلمون عنوة سواء أكانت مملوكة أم غير مملوكة كان ملكا لمن استولى عليها من الغزاة لا لمن وجده، ثم لورثتهم من بعدهم إن عرفوا، فإن لم يعرفوا كان لعامة المسلمين. وقيل: يكون لقطة، راجع التاج «ج٢ص٣٤٠» ومنح الجليل «ج١ص٣٦٩». وإذا وجد فى أرض لم تؤخذ عنوة كأرض اليمن والحجاز والفيافى، فهو لمن =

هذه أحكام الشريعة الإسلامية فيما يوجد فى الأرض من معادن وكنوز.

أما ما وضع من أحكام فى القوانين المصرية فيمكن إجمالها فيما يأتى:

تعتبر المعادن تابعة لأرضها فى ملكيتها. فإن كانت مملوكة لشخص كانت له، وإن كانت مملوكة للحكومة كانت لها، لافرق فى ذلك بين معدن جامد ومعدن سائل، لأن من ملك أرضا ملك مافوقها وما فى بطنها. كذلك الكنوز لمالك أرضها إن عرف لها مالك، بلا تفرقة بين كنز وكنز، فإن لم يكن للأرض مالك كانت لمن وجدها. ويستثنى من هذه الأحكام الكنوز ذات القيمة التاريخية، فإن لها أحكاما خاصة. وفى جميع ذلك رسوم قررتها الحكومة لابد من أدائها[1].

٤ ـ **الأرض الموات وإحياؤها:** الأرض إذا كان يملكها مسلم أو ذمى وظل متمسكا بها لم يتملكها أحد إلا عن طريقه، إما بعقد من العقود الناقلة للملكية حال حياته، وإما بالميراث عنه بوفاته، وذلك باتفاق بين الأئمة، غير أنه قد يسوء استغلالها فتزيد نفقاتها على غلاتها أو تتخرب لأى سبب من الأسباب، كحريق أو غرق فيعجز عن عمارتها وإصلاحها، ويتركها لذلك، ويطول تركه لها، وقد يتوفى فيتركها كذلك ورثته من بعده، إن كان له ورثة، وينتهى الأمر إلى نسيان مالكها، فتصبح وليس لها مالك معروف، ولايعرف من أمرها إلا أنها كانت مملوكة فى الإسلام. ومثال ذلك مانعرفه الآن من أرض مدينتى الفسطاط والعسكر وغيرهما من المدن الإسلامية الدارسة التى لايستدل عليها إلا بآثارها الباقية.

= وجده؛ لأنه أول مستول عليه، راجع التاج ج٢ ص٣٤٠، ونقل عن مالك أنه إذا وجد فى أرض مملوكة لم تؤخذ عنوة كان لمن أحياها لا لمن وجده، ثم لورثته من بعده؛ ذلك لأنه أول مستول عليه باستيلائه على الأرض، وإذا باعها لم يشمله البيع إذ لايباع إلا ماظهر منها. التاج «ج٢ ص٣٤٠».

وذهب الشافعى إلى أنه إذا وجد فى شارع أو مسجد فلقطة، وإذا وجد فى أرض مملوكة كان لمالكها إن ادعاه وطلبه، وعندئذ لايخمس، ولكن تجرى عليه أحكام الزكاة «المهذب والنهاية» فإن تركه ولم يدعه كان لمن تلقى الملك عنه من بائع أو واهب، إذا ادعاه كذلك، وهكذا حتى نصل إلى أول محى لها، فإن لم يكن محى فى الإسلام بأن كانت من الغنائم كان للغانمين. وفى المجموع «شرح المهذب» إذا وجد فى أرض عرف مالكها لم يملكه واحد بل يحفظ حتى يجىء مالكه، فإن أيس منه كان لبيت المال كسائر الأموال الضائعة. راجع النهاية ج٢ ص٩٩، والروض ج١ ص٣٨٧.

(١) كتاب الأموال للأستاذ محمد كامل مرسى باشا بند ٧١٧.

فإذا تركها مالكها لحال دعته إلى تركهـا، وكان معروفا، وكان تملكه لها بعقد من العقـود. لم يزل ملكه عنها بذلك التـرك، ولم يجز لأحد أن يتـملكها إلا عن طريقه باتفاق.

وإن كان تملكه لهـا بالإحياء لم يختـلف الحكم عند أبى حنيفة وأحـمد [١]، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد فهى له» فلا يملكها أحد إلا عـن طريق مالكهـا الذى تركهـا. وذهب مالك إلى أنهـا تعود بالتـرك مع التخرب وعـدم العمارة مواتا غـير مملوكة كمـا كانت [٢]، فيملكها من يحـييها بعد ذلك، مثلها عنده مثل الصيد ينفلت من صائده ويعجز عن رده ويطول زمن ذلك، فإنه يعود غير مملوك كما كان ويتملكه من يصيده بعد ذلك.

وإذا تركها مالكهـا ثم توفى فتركها كذلك ورثته من بعـده حتى نسيهم الناس وأصبحت لايعرف من أمرها إلا أنها كانت مملوكـة يوما ما، فإن فى تملكها بالإحياء روايتين عن أحمد. إحداهما: أنها لا تملك به، لقوله عليه السـلام «من أحيا أرضا مواتا فى غير حق مسلم فهى له» وهذه الأرض فى حق مسلم فلا تملك بالإحياء[٣] والثانية أنها تملك بالإحـياء؛ لأنها أرض موات لاحق فيها لقوم بأعـيانهم، فأشبهت ما لم يجـر عليه ملك من قـبل. وعموم الحـديث يجعلها من مـتناوله، وإلى هذا ذهب مالك كما فى الشرح الكبير[٤].

أمـا الحنفـية فـقـد اختلـف فيـهـا رأيهم، روى عن أبى يوسف أنهـا تملك بالإحيـاء، وإلى هذا ذهب القدورى وجعلهـا من الموات، وذهب الكاسانى [٥] فى

---

(١) وروى هذا أيضا عن سحنون.

(٢) روى هذا الرأى الثانى عن ابن القاسم راجع منح الجليل ج٤ ص٢٤ ـ ٤٣.

(٣) وإلى هذا الرأى ذهب الشافعى، ورأى مـع هذا أنها من المال الضائع فيرجع فـيه إلى رأى الإمام، وفى حاشيـة الرملى على الروض:ولو خربت قرية للمسلمين وتعطلت ولـم يعرف ملاكها فهل للإمـام أن يعطيها لمن يعمرها؟ وجهان حكاهما القاضى أبو طالب، وفى الحـاوى: ما لايعرف مالكه ولايرجى ظهوره فهو لبيت المال، فللإمام أن يأذن فيه كسائر أموال بيت المال. وهل يجوز للإمام إقطاعه؟ وجهان . كذا فى الحاوى، وقال صاحب الكفاية: رجح صاحب البحر جوازه.

(٤) راجع الشرح الكبير ج٦ ص١٤٨، ١٤٩، ونسـبة هذا لمالك لم أرها فى كتب المالكية، ولعل هذا الرأى يرجع إلى ماروى عنهم من أن المالك إذا ماترك ملكه اختيارا راغبا عنه زالت ملكيته له.

(٥) هو علاء الدين أبو بكر بن مـسعود الكاسانى الحنفى المتـوفى سنة ٥٨٧ ودفن بظاهر حلب، والكاسانى نسبة إلى قرية كاسان بتركـستان.

البدائع والزيلعى[1] فى تبيين الحقائق إلى أنهـا ليست مواتا ولاتملك بالإحياء، وإنما تعطى حكم اللقطة، ومـعنى ذلك أنها تحـفظ إلى أن يظهر مالكهـا أو يتصـدق بها على الفقراء، وقـد رأى بعض الحنفية أن ذلك غير عـملى، ولذا قالوا: إنها تكون لجماعة المـسلمين، أمرها إلى الإمام يتصرف فـيها كما يتصـرف فى أموال بيت مال المسلمين؛ ذلك لأن بيت المال مـستودع لجميع أموال المسلـمين التى ليس لها وارث معلوم، ولو ظهر بعد ذلك مالكها ردت إليـه، وهذا قول محمد رحمه الله، وممن ذهب إليه صـاحب الهداية، ولأن ماذهب إليه القـدورى لايتفق مع قواعد الحنـفية القـاضيـة بأن الملك إذا ثبت لايرتفع بالتـرك، وقـد حاول الزيلعى أن يؤول كـلام القدورى فقال: إنه يريد أنهـا كالموات لا أنها موات حقيقـة؛ ولا يفيد هذا التأويل مادام القدورى يرى فيها أنها تملك بالإحياء، وهو ظاهر كلامه وما نقل عنه.

وأما إذا كانت الأرض غير مملوكة لأحد فإما أن يتعلق بها حق ارتفاق أو لا، فإن تعلق بها حق ارتفاق بأن كانت قريبة من العمران، فكانت مستودع قمامة القرية أو مطرح أتربتها أو مكانا لحصائدها أو محتطبا لها أو مسيلا لمائها، أو مسرحا للنعم أو مناخا للإبل أو نحو ذلك، لم يجز إحياؤها ولاتملك بالإحياء. -

ومناط تعلق الحق بها عند أبى يوسف صلاحيتها لذلك لقربها من البلد، فما قرب من البلد لايملـك بالإحياء، وما بعـد يملك بإحيائـه، لعدم تعلق حق أهل البلد به، وتعد الأرض بعيدة إذا كان بينها وبـين العمران مقدار غلوة «من ثلاثمائة ذراع إلى أربعمائة» وفـى رواية عنه: إذا كان من بها لايسمع جـهورى الصوت إذا صاح فى أدنى العمران منها، وذلك ما اختاره السرخسى[2].

ويرى محـمد أن حق أهل البلد لايتعلق بـها إلا إذا انتفعـوا بها فعـلا، فإذا كانوا لا ينتفعون بها فعلا كانت مواتا، وملكها من أحياها، وإن كانت قريبة، وهذا ظاهر الرواية، وعلى ذلك فما يوجد من الأرض الـرملية بجوار المدن مما لاينتفع به يعتـبر مـواتا عند محـمد، فـيملك بإحـيائه أو بالبناء عليـه، وليس بموات عند أبى يوسف فلا يملك بالبناء عليه.

---

(١) هو فخر الدين عـثمان بن على من زيلع على البحـر الأحمر برع فى الفقه والنحـو والفرائض، وقدم القاهرة سنة ٧٠٥، وتوفى سنة ٧٤٣. ودفن بالقرافة.

(٢) ويظهر أن ذلك التحديد خاص بما قرب من البلاد. أمـا ماقرب من الأرض المتزرعة العامرة فلا يلائمه هذا التحديد لما هو ظاهر، وإذن لايمنع إلا من إحياء ما ارتفق به فعلا.

وذهب أحمد ومالك إلى أن القريب من العمران لايملك بالإحياء، ويرى أحمد أن يترك تحديد ذلك إلى عرف الناس، إذا ماانعدم الانتفاع به فعلا.

وأما إذا لم يتعلق بها حق ارتفاق بأن كانت بعيدة عن العمران أو غير منتفع بها ـ كما قدمنا ـ فإنها تعتبر مواتا حينئذ لعدم الانتفاع بها.

وعلى ذلك فالأرض الموات [١]: هى الأرض التى لايملكها أحد ولم يتعلق بها حق أحد، ولاينتفع بها إما لعدم وصول الماء إليها، وإما لغلبته عليها، وإما لسوء ترتبتها؛ لأنها أرض سبخة أو كثيرة الحصا، وإما لغير ذلك من الأسباب التى حالت دون الانتفاع بها. وإذن فالأرض المملوكة لا تعد مواتا، وربما كان ذلك مقتضى الاستعمال اللغوى، ففى الصحاح: أنها الأرض لا مالك لها، ومثل ذلك فى القاموس. وكذلك مايوجد فى وسط البلاد من الميادين المتسعة، وما يقرب منها من الفضاء الذى يرتفق به أهلها لايعد مواتا، ولا تعد الأرض مواتا تملك بالإحياء إلا إذا كانت بعيدة لاينتفع بها لسبب من الأسباب.

بم يكون الإحياء وأثره؟ سبب تملك الأرض الموات:

يرى كثير من العلماء أن الأرض الموات تدخل فى ولاية الإمام العامة، ولهذا كان له أن يملكها بالإقطاع، ويرى الحنفية فيما يظهر لى من كلام صاحب البدائع وما نقله البحر[٢] عن الفتاوى الغياثية أن الأرض الموات يجوز للإمام أن يقطعها لمن يشاء، ولكنها لاتصير بذلك الإقطاع ملكا لمن أخذها، وإنما يثبت له به حق احتجازها لإحيائها فى مدى ثلاث سنين ليملكها بذلك، فإذا مضت دون أن يعمرها بطل حته، وكان للإمام أن يعطيها غيره[٣].

---

(١) سميت الأرض التى لاينتفع بها مواتا لشبهها بالحيوان الذى بطلت منافعه بموته، فإذا انتفع بها حييت ومنه قوله تعالى **﴿وأنزلنا من السماء ماء فأحيينا به الأرض بعد موتها﴾**.

(٢) صاحب البحر هو الشيخ زين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم أحد أسماء أجداده، ولد بالقاهرة سنة ٩٢٦، وله كتاب الأشباه والنظائر والبحر الرائق على الكنز، ومختصر التحرير وشرح المنار. وتوفى سنة ٩٧٠ ودفن بقرب السيدة سكينة.

(٣) راجع البدائع والبحر. وذهب مالك إلى أنه يجوز للإمام أن يقطع الأرض الموات فتصير بذلك ملكا لمن أعطيها، له أن يبيعها وأن يتصرف فيها وإن لم يحيها. راجع منح الجليل ج٤ ص١٥. وذهب الشافعى إلى ذلك أيضا، فجعل للإمام حق تمليك رقبة الموات لمن يريد. راجع النهاية والشبراملسى ج٥ ص٣٢٩. وهذا بخلاف إقطاع الإمام الموات للإحياء فإنه من باب التحجير ولايتم الملك فيه بالإحياء، وإلى هذا الإقطاع ذهب أحمد فلم يجعل للإمام أن يقطع الموات إقطاع تمليك. راجع الشرح الكبير وكشاف القناع فى إحياء الموات.

ويرى الصاحبان أن الموات من الأرض مال مباح، فيملكها من استولى عليها بوضع يده، غير أن اليد على المال المنقول تكون ظاهرة، وعلى العقار لاتظهر إلا بظهور أثرها من الانتفاع به والعمل فيه، ولذلك لايكون إحرازه والاستيلاء عليه إلا بإحيائه حتى تظهر حيازته فلا يطلبه الناس، وبهذا جاء قوله عليه الصلاة والسلام: «من أحيا أرضا ميتة فهي له». وعلى ذلك فلا يتوقف ثبوت الملك بالإحياء على إذن الإمام به[1].

ويرى أبو حنيفة رحمه الله أن مجرد الاستيلاء عليها بإحيائها لايكفى فى تملكها، بل لابد من أن يكون ذلك بإذن من الإمام[2].

وفى رأيى: أن اشتراط هذا الإذن لايتنافى مع اعتبار الأرض الموات من الأموال المباحة عند الإمام، ولكنه لما رأى أن رغبة الناس فى إحيائها قد تكون مبعث نزاع ومثارخصام، وأن للإمام مع ذلك يدا عليها وسلطانا بعموم ولايته على أرض الإسلام، وأن فى اشتراط إذنه بإحيائها منعا للخصام وإزالة لدواعيه، ومظهرا ليده وولايته، لما رأى ذلك أوجبه رعاية لهذه المصالح، ولم يوجبه فى غيرها من الأموال المباحة لظهور اليد فيها والسبق إليها، وذلك كفيل فى كثير من الأحوال بمنع النزاع.

ويرى المالكية أن الموات إذا كان قريبا من العمران ولاحق لأحد عليه لم يجز لأحد إحياؤه إلا بإذن من الإمام أو بشراء منه، فإن أحياه بلا إذنه أخرج منه، ولو

---

(١) وإلى هذا ذهب الشافعى وأحمد. راجع النهاية والمغنى والشرح الكبير فى باب إحياء الموات، وكذلك رأى مالك فى إحياء مابعد عن العامر، بناء كان العامر أو أرضا، أما ماقرب منه فلا يملكه من يحييه إلا بإذن من الإمام حتى لايكون من وراء ذلك نزاع وشغب. ونقل عن سحنون أنه قال: لم أجد لأصحابنا بيانا لحد القرب والبعد، وارى أن ما لاتدركه المواشى فى غدوها ورواحها بعيد، وماتدركه فقريب. راجع الباجى ج٦ ص٢٩.

(٢) وقد يستدل على مذهبه بدليلين: الأول قوله ﷺ: «ليس للمرء إلا ماطابت به نفس إمامه» ولاتطيب نفس الإمام بما يستولى عليه الإنسان إلا بإذنه. الثانى - أن الموات من الأرض كان مما استولى عليه المسلمون عند الفتح، فهى لذلك من غنائم الفتح، ولايجوز أن يختص احد بشىء من الغنائم بلا إذن الإمام. بخلاف غيرها من الأموال المباحة كالكلأ والصيد.

والدليل الأول: ﴿لله﴾ أخذ به عم كل مباح، فلا يملك بالاستيلاء عليه إلا مع إذن الإمام ولم يقل بذلك أبو حنيفة، ولذا فلا يصلح دليلا لرأيه، والدليل الثانى: يفيد أن الأرض الموات ليست من قبيل الأموال المباحة؛ لأنه اعتبرها من الغنائم، وأوجب لذلك إذن الإمام بإحيائها حتى تملك، ولكن عدها من الغنائم يقتضى أنه يكفى فى امتلاكها إعطاء الإمام دون توقف على الإحياء، وهذا مالم أره. على أن هذا الدليل لايعم موات الأرض التى أسلم أهلها بلا فتح كموات أرض اليمن مثلا إذ إنها لاتعد من الغنائم إذ لم يجلب عليها المسلمون بخيل ولا ركاب.

بنى نقض بناؤه أو أعطى قيمتـه مقلوعا «أنقاضا». وإن كان بعيـدا عنه جاز إحياؤه بدون إذن من الإمام فيملك كذلك بإقطاع الإمام أو بالشراء منه.

وإحيـاء الأرض الموات يكون بجعلهـا صالحة لـلزراعة أو للانتفـاع بها بغـير الزراعة، وذلك بإزالة الأسباب التى حالت دون الانتفاع بها فعلا من منع الماء عنها بإقامة السدود، وصرفه إن كانت مغـمورة به، ومن إيصال الماء إليها بحفر المجارى أو الآبار إن كانت مـحرومة منه، ومن كرائهـا وسقيهـا، أو سقيها مع إلـقاء البذر فيها، ومن إقامة سور عليها أو البناء فـوقها، إلى غير ذلك من الأعمال التى تجعل اليد عليـها ظاهرة والأرض منتـفعـا بها، وذهب أحمـد فى إحدى روايتـيه إلى أن الإحياء يكون بما يعده العرف إحياء، وذلك يختلف باختلافه، وهذا أظهر.

ويمتلك المحـيى ما أحياه من الأرض الموات على الوجـه الذى بينا إذا كانت ممتدة غيـر محددة، فإن كانت محـددة، لم يملكها إلا بإحياء مايزيد على نصـفها. وعن أبى يوسف أنه إذا كـان ما أحـيـاه فى وسطها ملكـها بذلك، ويظهـر لى أن مرجع ذلك إلى العرف؛ لأن العبرة بإظهار اليد على جميع الأرض.

وكذلك يكون إحـياء الأرض الموات بحفر الآبار فـيها أو بإنشاء مجـار للماء تخترقهـا، فمن حفر فى أرض موات بئرا كـان حريمها [1] ملكا له، وهو أربعـون ذراعا من كل ناحية، فإن فاض الماء منها فكانت عينا، فـحريمها خمسمائة ذراع من كل ناحيـة. أما حريم القنوات فـيقدر بما يلزم لها مـن إصلاح يكفيهـا، ومرمى لما يخرج منها من أحـجار وطين عند حفرها وكريهـا، ويكون الحريم فى هذه الأموال ملكا للحافر باعتبار أن ذلك إحياء له «والذراع ست قبضات»[2].

وإذا عمل فـيها من استـولى عليها عـملا لاتصير به منتـفعا بهـا كان ذلك تحجيرا[3] كأن يضع الشخص عليها من العلامات مـايدل على سـبقه إليها وشروعه

---

(١) حريم الشيء ما حوله من حقوق ومرافق سمى بذلك؛ لأنه يحرم على غير مالكه أن يستبد بالانتفاع به.

(٢) وذهب بعض العلماء إلـى أن الحريم لايدخل فى ملك الحافـر للبئر ولكن يثـبت عليه للبئـر حق ارتفاق فقط، يمنع غير مالك البئر من إحيائه، وهو رأى المالكية. راجع منح الجليل ج٤ ص١٣.

(٣) سمى تحـجيرا لما يـترتب عليه من الحـجر على غـير المحجـر أن يصلحها . وقـيل : لأنه يكون بوضع الأحجار حولها.

فى إحـيائهـا، كتـسويرها بأحـجار لم تتـخذ شكل البناء، وكـقطع حشـائشـها أو أشواكها، وكحـفر بعض مصارفها أو كريها، وكإنزال الماء فيـها، وفى اعتبار بعض هذه الأعمال تحجيرا وعدم اعتبارها إحياء خلاف بين الحنفية.

ولا يثبت بالتحجير تملك، ولكن يثبت به حق للمحجر يكون به أولى الناس بإحـيائهـا على أصح الأقـوال. ويثبت له هذا الحـق مدة ثلاث سنوات من ابتـداء تحجيره، فـإذا مضت دون إحياء سقط حقـه، كما يسقط كذلك بموته قبل نـهايتها، وذلك لقوله عليه السلام: «عادى[1] الأرض لله ولرسوله، ثم لكم من بعد، فمن أحيا أرضا ميتة فهى له، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين» وبه قضى عمر. ولأن المحتجر إذا مضى على ابتداء تحجيره هذا الزمن ولم يتمكن فيه من إصلاح الأرض دل ذلك على عجزه أو عـدم رغبته، ووجب أن ييـسر طريق إحيائهـا لغيره، لما فى ذلك من المصلحة العامة.

وثبوت حـق المحتجـر فى المدة المبينة لايمـنع غيره من تمـلكها بالإحيـاء عند الحنفية وإن كره له أن يفعل ذلك ديانة وخلقا، فلو أخذها قهرا فأحياها ملكها بهذا الإحياء، مثله مثل من يخطب على خطبة غيره فيتزوج، فإن زواجه يكون صحيحا مكروها. ومن العلماء من جـعل هذا الحق مانعا من تملك غيـره لهذه الأرض طيلة هذه المدة، وهذا رأى لبعض الحنابلـة كما فى الشرح الكبـير «ج٦ص١٦٨». ومن العلماء من جعل المحتجر مالكا لها فى هذه المدة ملكا مـؤقتا ينتهى بانتهائها من غير إحياء. ولست أرى إلا أن تكون هذه الملكية من الملكيـة الناقصة، وإنها ملكية حق حبس وانتفـاع لاملكية رقبة، إذ ليس من المعهود فى التـشريع الإسلامى أن يكون ملك الرقبة مؤقتا بمدة.

(١) نسبة إلى عاد، ويراد به الأرض الخربة من قديم.

خلاصة الباب

يستفاد الملك التام بسبب من أسباب ثلاثة وهى:

الحيازة ـ الوراثة ـ العقد الناقل للملكية.

١ـ **الحيازة**: هذا السبب يختص بالأموال المباحة فلا يفيد ملكية فى الأموال المتقومة وهى الأموال المملوكة. ويمتاز بأنه منشئ للملكية فيوجدها بعد أن لم تكن، وعلى ذلك فلا تكون حيازة مال مملوك سببا لتملكه وإن طال وضع يد الحائز عليها. وذلك خلافا لما جرى عليه التشريع الوضعى. ولذا لا تملك اللقطة بالتقاطها، وإنما يجب تعريفها فإذا لما عرف صاحبها فسبيلها الصدقة، وأما ماذكره الفقهاء من عدم سماع الدعوى لتركها مدة طويلة ـ ولو كانت بحق هو عين ـ فمرجعه إلى أن ترك الدعوى خمس عشرة سنة فى غير الوقف والإرث، وثلاثا وثلاثين سنة فى الوقف والإرث، مع التمكن من رفعها، دليل كذبها ظاهرا. وذلك يستوجب عدم سماعها بهذا الحق، لا أن الحق قد صار ملكا لمن وضع يده عليه. والنتيجة أنه لايسقط حق بوضع اليد عليه ولايترك المطالبة به وإن طالت مدة ذلك الترك. وكما يمتاز هذا السبب بأنه منشئ للملكية يمتاز بأنه سبب فعلى، ولذا يفيد أثره إذا صدر ممن ليس أهلا للقول كالمجنون والصغير الذى لايميز، فيمتلك كل منهما المباح بحيازته، وعلى ذلك فجميع ماخلقه الله تعالى على وجه الأرض من الأموال التى لم يملكها أحد كالأشجار فى الجبال أو الصحراء وما عليها من ثمار، وكالمعادن فى الفلوات يملك بإحرازه والاستيلاء عليه. وهاك التفصيل.

١ ـ **الكلأ والآجام**: الكلأ ماينبت فى الأرض بدون إنبات أحد، من الحشائش التى لاتملك الأرض لأجلها، ويعتبر مالا مباحا، ولو كان فى أرض مملوكة، وهذا يملكه من يحوزه بحشه وقطعه. أما الآجام وهى التى تملك الأرض لأجلها، فلا تكون مباحة إلا إذا كانت فى أرض غير مملوكة، وذهب المالكية إلى أنه لافرق بين الكلأ والآجام، إذا وجدت فى أرض مملوكة، فتكون كلها ملكا لمالكها.

أ ـ الصيد: هو اقتناص الحيوان بحيلة وحذق، ويملك به كل حيوان ممتنع على الإنسان؛ إما بفراره، وإما بطيرانه، وإما بسبحه وغوصه فى الماء إذا لم يملكه صائد من قبل. وللصيد وسائل شتى، وهو يفيد الملك إذا تم به الاستيلاء على المصيد. والاستيلاء نوعان:

أحدهما حقيقى: ويكون بالإمساك باليد أو بالمصيدة، إذا كان الصائد قريبا منها بحيث لو أراد الاستيلاء على الصيد لفعل، وهذا النوع من الاستيلاء يفيد ملكا مستقرا، حتى لو انفلت بعده الصيد فعاد إلى مكانه لم يزل ملك الصائد عنه، ولا يتملكه غيره بصيده بعد ذلك، وكذلك الحكم إذا تركه الصائد اختيارا على أصح القولين.

وثانيهما حكمى: ويكون بواسطة آلات الصيد وحدها بشرط أن يصير به الصيد غير ممتنع وغير قادر على الفرار والعودة إلى حالته الطبيعية. ويتحقق ذلك عندما يمكن أخذه بدون معاناة واستعمال وسائل أخرى، ويفيد هذا النوع الملك بشرطين:

الأول: ألا ينتقض ذلك الاستيلاء بانفلات الصيد وفراره قبل أن يصير الاستيلاء عليه حقيقيا، فإذا نصب شبكة فتعلق بها صيد ملكه بذلك إذا لم ينتقض، أما إذا انتقض فعالج الشبكة حتى خلص منها، ثم فر لم يملكه بذلك الاستيلاء، حتى إذا صاده آخر ملكه بأخذه.

الثانى : أن تكون آلة الصيد قد وضعت بقصد الاصطياد أو بلا قصد، أما إذا وضعت للتجفيف مثلا فتعلق بها صيد لم يملكه صاحبها بهذا التعلق، ولايملكه إلا إذا تحقق الاستيلاء الحقيقى عليه، وذلك بأن يقترب منه حتى يصير متمكنا من أخذه قبل انفلاته.

٣ـ الاستيلاء على الركاز: والركاز يشمل المعادن والكنوز:

المعادن: المعدن أنواع ثلاثة:

١ ـ صلب قابل للطرق والانطباع بالنار كالحديد والنحاس والذهب والفضة.

٢ ـ صلب لايقبل الانطباع بالنار كالماس والياقوت.

٣ ـ سائل كالزئبق والبترول.

ويرى المالكية فى أشهر أقوالهم أن الأنواع الثلاثة إذا وجدت فى الأرض كانت ملكا لجماعة المسلمين، أمرها إلى الإمام يستغلها بعماله لمصالح المسلمين، ويراها غيرهم مملوكة لمالك أرضها إذا وجدت فى أرض مملوكة، ومباحة إذا وجدت فى أرض غير مملوكة، وعندئذ تكون ملكا لواجدها. ويلاحظ أن المالكية والشافعية، والحنابلة يرون أن ملكية مالكيا تعمها، ولايجب عليه فيها الزكاة، إلا إذا كانت ذهبا أو فضة، فإن لم تكن دهبا ولا فضة، فلا زكاة فيها إلا عند الحنابلة، أما الحنفية فيرون أنها تكون ملكا لمالكها إذا كانت من النوعين الأخيرين، ولايجب عليه فيها شىء، أما إذا كانت من النوع الأول وهو القابل لأن ينطبع بالنار ففيها الخمس، وأربعة أخماسها لمالك الأرض أو لواجدها.

وأما مايستخرج من البحر، فهو ملك لمستخرجه، ولا شىء فيه إلا عند أبى يوسف فيرى الخمس فيه لبيت المال.

الكنوز: الكنز نوعان: إسلامى، وهو ماوجدت عليه علامة تدل على أنه دفن مسلم أو ذمى. وجاهلى، وهو ماوجدت عليه علامة تدل على أنه دفن قبل استيلاء المسلمين على محله. وحكم الإسلامى: حكم اللقطة، فواجب تعريفه. وحكم الجاهلى: أن فيه الخمس لبيت المال اتفاقا. وأربعة أخماسه لواجده عند أحمد، وهو قول لأبى يوسف، ورواية عن مالك، وذهب أبو حنيفة إلى أنه يكون ملكا لواجده بإحرازه إن وجده فى أرض مباحة كالصحراء، أما إن وجده فى أرض مملوكة، فهو لأول مالك لها أو لورثته. وأول مالك لها هو أول من أحياها إن ملكت بالإحياء، أو أول مختط لها إن أعطيت حين فتحها والاستيلاء عليها، فإن لم يعرف أحد من هؤلاء فهى لبيت المال، وقيل: لأقصى مالك معروف للأرض لأنه يظن أنه من ورثة أول مالك.

٤ ــ الأرض الموات : يراد بالأرض الموات، الأرض التى لاينتفع بها، ولم تكن ملكا لأحد، ولم يتعلق بها حق ارتفاق لأحد، وتعتبر من المرافق التى تتعلق بها حقوق الارتفاق، إذا كانت قريبة من العمران، وذلك رأى أبى يوسف، وتعتبر قريبة عنده إذا كان من بها يسمع المنادى فى أدنى منزلة من العمران قريبة منها، ويرى محمد أنها لاتعد من المرافق إلا إذا ارتفق بها فعلا. فكانت محتطبا أو مناخا ومسرحا للدواب أو غير ذلك.

وهذا النوع من الأرض يملك بالإحيـاء عند الصاحـبين، ويرى الإمـام أنه لايملك بالإحياء إلا إذا أذن بذلك الإمام. وإحياؤها يـكون بجعلها صالحة للزراعة أو للانتفاع بها من غير زراعة، كـبنائها منزلا، أو جعلها حظيرة للمواشى، أو نحو ذلك. أما الشروع فى استصـلاحها بعمل من الأعمال فيعتبر تحـجيرا، وهذا لايفيد امتـلاكها، وإنما يجعل للمـحتجر الحـق فى إحرازها ثلاث سنوات لإحيائهـا، فإذا أحياها فى أثنائها ملكها، وإن مضت دون إحـيائها أخذت منه وأعطيت لغيره، وإذا أخذها منه إنسان قـبل مضى السنوات الثلاث فأحيـاها ملكها، وكان ذلك مكروها من الشارع.

(ب) باب الميراث

الميراث: هو أن يحل الوارث محل مورثه فيما كان له من أمـوال أو حقوق ماليـة عند وفاته فـإذا توفى شخـص وكان له ابن أو أب أو أم فإن كـلا من هؤلاء يحل محله فى جمـيع مايترك من مال، عقار أو منقول بسـبب الوراثة، ويثبت بها لكل فيما ترك ملك تام باعتباره خليـفة عنه فيه، ولذا لايحتاج فى ثبوت هذا الملك إلى قبول.

ولايكون الميـراث إلا فى مال مملوك أو حق ملحق به، ولا يـكون إلا فيـما بقى من ذلك بعـد سـداد الديون، وتنفـيذ الوصـايا الصـادرة من المورث فى ثلث ماترك، أو فيما زاد عليه عند إجـازتها من الورثة. ويعرف تفصيل هذه الأحكام فى مواضعها.

(جـ) العقود الناقلة للملكية

هذه العقود تشمل: البيع، والهبة، والصدقة، والوصية بالأعيان، والصلح، والزواج بالنسبة إلى المهر إذا كان عينا، والفرقة بين الزوجين على مال بالنسبة إلى ذلك المال، والإجارة بالنسبة إلى الأجرة إذا كانت عينا، والتنازل عن بعض الحقوق نظير المال بالنسبة إليه.

وهذا السبب لايكون إلا فى الأموال المتقومة، وهى الأموال المملوكة التى يجوز الانتفاع بها، فتنتقل به ملكيتها من شخص إلى آخر بناء على تراضيهما، ولايكون فى الأموال المباحة ولافيما لايجوز الانتفاع به، فلا يباع المال المباح ولايوهب ولا يتصدق به، ولايكون مهرا ولا بدلا عن فرقة أو منفعة أو حق، ولابدلا فى صلح، وإذا جعل لم يجب. كما لايباع الخمر والخنزير بين مسلمين، ولايوهبان ولايجعلان ثمنا، ولايوصى بهما، ولايصلحان مهرا، ولا أجرة، ولابدل صلح، وإذا جعلا لم يجبا بالعقد ولم يظهر فيهما أثره.

وسنعرض إن شاء الله للبيع والإجارة والصلح والتنازل عن بعض الحقوق فى كتابنا هذا.

ا ـ الزواج: كأن يقول رجل لامرأة: تزوجتك على مائة الجنيه هذه، أو على هذه الدار أو على هذه السيارة، فتجيبه المرأة بالقبول. فبتمام هذا العقد تنتقل ملكية هذه النقود أو هذه الدار أو هذه السيارة إلى الزوجة بعد أن كانت للرجل وهو الزوج.

ب ـ الفرقة بين الزوجين على مال: كأن تقول زوجة لزوجها: طلقنى نظير هذا المبلغ من المال أو نظير هذا العقار، فيجيبها الزوج بقوله: طلقتك على ذلك: فإن هذا المبلغ أو هذا العقار ينتقل من ملك الزوج بمجرد تمام كلام الزوج.

جـ ـ الهبة: كأن تقول لصديق لك: وهبتك هذا الكتاب، فيجيبك الصديق بالقبول ويتسلم منك الكتاب، فإن الكتاب يصير بتسلمه ملكا للصديق بعد أن كان ملكا لك.

د ـ الصدقة: كأن تعطى فقيرا قطعة من النقود، فيتسلمها منك الفقير، فإن هذه القطعة تصير بتسلمها ملكا للفقير بعد أن كانت لك.

هـ١ – **الوصية:** كأن يقول إنسان: أوصى بهذه الدار لصديقى فلان، ثم يتوفى وهو مصر على وصيته، فيقبل صديقه فلان هذه الوصية، بأن يقول : قبلت الوصيـة، فإن الدار تصير بالقبـول ملكا له، بعد أن كانت ملكا لمن أوصى بها، وذلك بشروط تذكر فى موضعها.

والملك الثابت بكل عقد من هذه العقود ملك تام فى جميع هذه الصور وأمثالها، وقد علمت أن أساس هذه العقود الرضا، فلا يزول ملك عن صاحبه ولايتحول عنه بغير رضاه إلا فى ثلاث أحوال استثنيت من هذا الأصل؛ لأن إباء المالك فيها وعدم رضاه ظلم أو عنت، فلا يلتفت إليه، وينزع ملكه حينئذ جبرا عنه، ويعوض عنه بقيمته، أو بما قام عليه، ويعتبر كأنه قد باعه راضيا بما أعطى رفعا لظلمه ودفعا لعنته.

الحالة الأولى: نزع الملك وأخذه للمنافع العامة، كتوسيع الطرق وإنشائها وإنشاء الترع والمصارف والسكك الحديدية وتوسيع المساجد وما إلى ذلك، فإن المصلحة العامة متقدمة على المصلحة الخاصة، وليس للمالك أن يأبى حين يدعوه إلى بيع ملكه داعى المصلحة العامة، فإذا أبى كان إباؤه عنتا فيهمل، ويؤخذ الملك جبرا عنه بعد أن يقوم بواسطة الخبراء ويعطى قيمته[١].

الحالة الثانية: بيع ملك المدين جبرا عنه لوفاء ما عليه من الديون التى امتنع عن أدائها بغير حق، وأبى أن يبيع فى سبيل ذلك شيئا من ماله؛ لأن امتناعه فى هذه الحال ظلم والظلم يجب أن يرفع، فينوب القاضى عنه فى بيع أمواله ليوفى من ثمنها ديونه، وهذا مذهب الصاحبين، وذهب الإمام إلى أنه لايجوز للقاضى أن يبيع أمواله جبرا عنه فى هذه الحال؛ لأن ذلك ضرب من

---

(١) ضاق المسجد الحرام على الناس فى زمن عمر، وكانت دور الناس محدقة به من كل جانب عدا فتحات يدخل منها الناس إليه، فاشترى عمر دورا منها، وأبى عليه ذلك أصحاب الدور الباقية فأخذها منهم جبرا، ووضع قيمتها بخزانة الكعبة، وأدخل الجميع فى المسجد، وظلت القيمة بالخزانة إلى أن أخذها أصحابها. ثم كثر الناس فى زمن عثمان وضاق عليهم المسجد مرة أخرى فأراد توسيعه، فاشترى من قوم وأبى عليه آخرون، فأخذ دورهم جبرا عنهم، فصيحوا به، فاستدعاهم وقال لهم: إنما جراكم على حلمى، وقد فعل عمر بكم مافعل فلم يصح به أحد، ثم أمر بهم إلى الحبس فحبسوا حتى كلم فيهم فأخرجهم.

الحجر[1] والولاية عليه، ولايحجر على مدين عنده، وإنما يحبسه القاضى على رأيه جزاء امتناعه عن أداء الدين ظلما، ولا يخرجه من الحبس حتى يؤدى دينه بالطريقة التى يرضاها من بيع أو خلافه، أو يظهر للقاضى أن ليس له أموال يمكن دفعها أو دفع ثمنها فى الدين. فعند ذلك يطلقه.

وإذن فأساس الخلاف بين الإمام وصاحبيه خلافهما فى جواز الحجر على المدين بالدين، فالإمام لايرى ذلك، وبناء عليه لايجوز أن يباع ماله جبراً عنه، وإنما يحبس لظلمه حتى يوفى دينه[2]. ويرى الصاحبان جواز الحجر، ولذلك يريان أن يباع ماله جبرا عند امتناعه عن سداد دينه، غير أنه لايحجر عليه فى التصرف إلا إذا كان الدين مستغرقا لأمواله كما يعرف ذلك فى موضعه، فإذا لم يكن دينه مستغرقا وامتنع عن سداده قام القاضى مقامه فى بيع مايوفى دينه، ولايحجر عليه فى التصرف حينئذ. وعند سداد الديون توفى أولا من النقود، فإن لم تف بيع المنقول قبل العقار، وبدئ منه بيع مايخشى عليه التلف، فإن لم يف ثمن المنقول بيع من العقار مايفى ثمنه، حتى إذا احتيج لبيع كل مايملك بيع، وترك له مايلزم لحاجاته الضرورية التى لايمكن الاستغناء عنها، كمسكنه بقدر حاجته، ونفقة من يعولهم شرعا مدة شهر، وحلة أو حلتين من ثيابه، على الخلاف فى ذلك.

الحالة الثالثة: أخذ المالك بالشفعة.

---

(١) ذلك لأنه منع من حق الاحتفاظ بماله وأنفذت عليه إرادة غيره فى بيع ماله. ولاشك أن هذا ضرب من الحجر.

(٢) وعند سداد الدين من الثمن يقدم من الديون مابه رهن بقدر ذلك، وبعد ذلك يكون السداد بحسب نسبة الديون الباقية بعضها إلى بعض. فإذا كان على شخص ألف جنيه لآخر وخمسمائة لثان ومائة لثالث، بها رهن ثمنه مائتان، فبيعت أمواله بمبلغ ستمائة جنيه، فإنه يجب أولا أداء المائة من ثمن الرهن ثم دفع الباقى لصاحب الألف وصاحب الخمسمائة أثلاثا، لصاحب الألف ثلثاه ولصاحب الخمسمائة ثلثه. فإذا كان ثمن الرهن خمسين جنيها فقط دفع ثمنه كله لصاحب المائة، وكان الباقى بين الثلاثة لصاحب الألف منه عشرون سهما ولصاحب الخمسمائة عشرة أسهم وللمرتهن سهم واحد. وقد استدل الصاحبان بما روى عن رسول ﷺ، أنه باع مال معاذ وقسم ثمنه بالحصص بين غرمائه.

خلاصة الباب

الميراث: بوفاة الإنسان يحل وارثه محله فيما يتركه من مال أو حق هو فى معنى المال فيصير مالكا لهذا أو ذلك الحق، ويثبت هذا بطريق الخلافة. ولذا لايحتاج إلى قبول وإنما يثبت ملك الوارث ويخلص بعد أن توفى ديون المورث فيثبت حينئذ فيما تركه بعد سدادها، إذا لم تكن هناك وصية، فإن وجدت وصية وجب تنفيذها من الثلث ولا تتجاوزه إلا بإجازة الورثة مادامت لأجنبى، فإن كانت لوارث توقفت على باقى الورثة كذلك[1].

العقود الناقلة للملكية: هذه العقود تشمل البيع والهبة والصدقة، والوصية بالأعيان والصلح، والزواج بالنسبة إلى المهر إذا كان عينا، والفرقة بين الزوجين نظير مال، والإجارة بالنسبة إلى الأجرة إذا كانت مالا، والتنازل عن بعض الحقوق نظير مال.

وهذه العقود لاتصح إلا فى الأموال المتقومة، فتنتقل بها ملكيتها من شخص إلى آخر بناء على تراضيهما، ولا تجوز فى الأموال المباحة، ولا فيما لايجوز الانتفاع به شرعا، وقد استثنى من هذه القاعدة ثلاث أحوال لم يشترط فيها الرضا:

(الأولى) أخذ الملك للمنافع العامة، كتوسيع الطرق والمساجد؛ وذلك لأن المصلحة العامة يجب أن تتقدم المصلحة الخاصة، ومنها مصلحة المالك. فإذا أبى أن يـ ملكه لأجل هذه المنافع كان إباؤه ظلما وأخذ قهرا عنه.

و**(الثانية)** بيع الملك جبرا عنه بواسطة القاضى لوفاء ماعنيه من الديون عند امتناعه عن سدادها، لأن امتناعه ظلم، ولايمكن رفع هذا الظلم إلا بذلك. وهذا رأى الصاحبين. وذهب الإمام إلى عدم جواز بيعها فى هذه الحال بواسطة القاضى وإنما يعزر بالحبس حتى يبيع بنفسه.

و**(الثالثة)** الشفعة وسيأتى بيانها.

---

(١) هذا مذهب الأئمة الأربعة ويلاحظ ماصدر به قانون الوصية فى الوصية بين الوارث والأجنبى فى نفاذها من الثلث دون توقف على إجازة الورثة.

باب الشفعة

التعريف بها: الشفعة [1] عند الشرعيين حق تملك العقار المبيع من مشتريه بما قام عليه من الثمن والمؤن رضى أم أبى. فإذا اشترك اثنان فى دار، فباع أحدهما حصته لثالث كان للثانى الحق فى أن يتملك هذه الحصة المبيعة من مشتريها، فيأخذها من ذلك الشخص الثالث بما دفع فيها من الثمن مضافا إليه ما استتبعه شراؤه إياها من نفقات ضرورية طابت نفسه بذلك فسلم راضيا أم لم تطب فألزمه القضاء بتسليمها جبرا.

وسمى هذا بحق المشفوع، وسمى صاحبه بالشفيع، ويسمى الفقهاء العقار المأخوذ بالمشفوع أو المشفوع فيه، وهى الحصة المبيعة، ويسمون مايملكه الشفيع من عقار يستحق به الشفعة بالمشفوع به، وكثيرا مايستعملون شفع بمعنى طلب الأخذ بالشفعة.

شرعها: دليل ثبوت هذا الحق فى السنة، ففى البخارى عن جابر بن عبدالله رضى الله عنهما قال: (قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل مالم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت [2] الطرق فلا شفعة).

وقال ابن المنذر [3]: أجمع أهل العلم على ثبوت حق الشفعة للشريك الذى لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط «بستان» ا.هـ وفى المغنى لأبى محمد عبدالله بن أحمد الحنبلى «المتوفى سنة ٣٦٠» : أنه لايعلم فى ثبوتها خلاف لأحد إلا لأبى بكر الأصم [4]. ومثل ذلك فى كتاب نيل الأوطار.

---

(١) الشفعة فى اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم والزيادة، شفعت الشىء شفعا من باب نفع. ضممته إلى الفرد فصار شفعا، وشفعت الركعة جعلتها اثنتين، ومن هنا اشتقت الشفعة؛ لأن صاحبها يشفع ماله بها فيضم إليه مالا غيره ويزيده ومنه قوله تعالى﴿**من يشفع شفاعة حسنة يكن له نصيب منها**﴾ أى من يزد عمله فيضم عملا إلى عمل. وللشفعة استعمالان: أحدهما: أن تطلق على المال المشفوع أى المأخوذ. وثانيهما: أن تطلق ويراد بها التملك لذلك المال. قال صاحب الصحاح: ولايعرف لهذا المعنى فعل، والشفيع صاحب الشفعة، وجمعه شفعاء.

(٢) صرفت الطرق : أى بينت الشوارع ومصارفها، مأخوذ من التصريف ا.هـ نهاية. والمعنى تبين اتجاهاتها، وجابر صحابى أنصارى له ١٥٤٠ حديث توفى بالمدينة سنة ٧٨ سنة عن ٧٤ سنة.

(٣) هو إبراهيم بن المنذر بن عبدالله، أحد كبار العلماء المحدثين عن مالك وابن عيينة توفى سنة ٢٣٦.

(٤) هو محمد بن الحسن الأصم، توفى سنة ٣٢٠ كما فى الجزء الثانى من تاريخ بغداد ص ١٩٣.

حكمتها: وحكمة شرعها: رفع ماقد يصيب الشريك من ضرر فى شركته، واتقاء مايتوقع من ضرر قد يحدث له، إما بسبب مشاركته لشخص لاتؤمن عواقبه، وإما بسبب مجاورته، فقد يكون ذلك الشخص غليظ الطبع ردىء الخلق سيئ المعاشرة، ذلك إلى ماينال الشفيع منها من سعة فى مسكنه قد تخرجه من ضيق اضطرب له سكونه وافتقد به راحته، أو زيادة فى مزرعته تمكنه من الإحسان فى استغلالها وإنماء غلاتها، والضرر يجب أن يدفع وأن يجتنب ما أمكن ذلك، لقوله عليه السلام: «لاضرر ولاضرار» وخاصة إذا ما أصاب الجار الذى يستحق الإكرام، لقوله عليه السلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره» والمصلحة ضرب من الإكرام الذى أمر به للجار.

ولهذا كان شرع الشفعة متفقا مع أصول الشريعة العامة ومحققا لروحها، وإن كان على خلاف ما وضع للملكية من حدود، وماسن لعقودها من قواعد، وماجعل لها من آثار.

فقد علمت مما مضى أن الآخذ بالشفعة جبرا عن المشترى ينافى قاعدة اشتراط الرضا فى انتقال الملك من شخص إلى آخر، ولكنه استثناء دعت إليه المصلحة، ولم ينل البائع ولا المشترى بسببه عظيم ضرر، فقد توافر للبائع معه مايبغى من مال عوضا عن ملكه. وكان المشترى فى غنى عما اشتراه قبل شرائه، وقد وجد من هو أحق به منه، ومن فى صرف الصفقة عنه إلى غيره ظلم له. فقدم عليه دفعا للإضرار به وتمكينا له من حقه، وماشرعت الشرائع إلا لهذه الغاية، فكانت شريعة الشفعة لذلك متفقة مع الأصول العامة.

سبب استحقاقها: ولا يثبت حق الشفعة إلا لمن يملك عقارا متصلا بالعقار المبيع، وإذن فسبب ثبوته له: هو اتصال عقاره بالعقار المبيع عند البيع، ولولا ذلك ماثبت له. وهذا الاتصال:

١ ـ قد يكون اتصال شركة فى نفس العقار، وذلك إذا كان العقار المبيع جزءا شائعا مع عقار الشفيع فى بقعة الأرض.

٢ ـ وقد يكون اتصال شركة فى حق الشرب أو حق الطريق، أو حق المسيل عندما يكون الحق خاصا.

٣ ـ وقد يكون اتصال جوار وملاصقة، وأنواعه ثلاثة، ولايثبت حق الشفعة إلا بواحد منها. وهاك بيانها:

ثبوت الشفعة بالشركة فى العقار: الشركة فى العقار إما أن تعمه، وإما أن تكون فى جزء معين منه، ففى الحالة الأولى: يكون الشركاء شركاء فى جميع العقار، وتثبت الشفعة لهم فيما يباع منه على السواء عدا البائع، فإذا اشترك قوم فى أرض أو فى منزل لكل منهم حصة شائعة كالثلث أو الربع، فباع أحدهم حصته أو جزءا منها كان لسائر الشركاءحق أخذ ما باعه بما يثبت لهم من حق الشفعة، فإن كان البيع لأجنبى عنهم استبدوا بالمبيع دونه. وإن كان لواحد منهم شاركوه فيما أخذ على السواء، أو على نسبة حصصهم كما سيأتى بيانه.

وفى الحال الثانية: يكون الشركاء شركاء فى ناحية من العقار، وذلك عندما تقتصر شركة الشركاء فيه على جزء معين منه، بينما يكون جزؤه الآخر جميعه ملكا لأحد هؤلاء الشركاء لاشريك له فيه، وصورتها: أن يكون لشخص دار يشاركه فى حجرة معينة منها آخر بحق النصف أو السدس مثلا، ففى هذه الحال إذا باع حصة شائعة فيما عدا الحجرة المشتركة، أو باع حصة فى هذه الحجرة، أو باع الدار ماعدا حصته فى الحجرة، أو باع صاحب الدار جميع ما يملكه فيها، أو باع حصة شائعة فيها كلها، أو باع جزءا معينا من الدار. ولو لم يكن بجوار هذه الحجرة، كان لشريكه فى هذه الحجرة حق الأخذ بالشفعة فى جميع هذه الأحوال، وكان فيها مقدما على الشركاء فى الطريق الخاص أو الشرب الخاص،وعلى الجيران؛ لأنه يعد شريكا فى نفس العقار مادامت الحجرة معتبرة جزءا من الدار، ولم يتخذ لها وضع البيت المستقل. وهذه أصح روايتين رويتا عن أبى يوسف رحمه الله تعالى[1].

---

(١) والرواية الأخرى: أن الشريك فى بعض العقار لايستحق بموجب شركته إلا مايباع من جزئه المشترك. وعلى ذلك فالشريك فى الحجرة فقط لايستحق بشركته إلا مايباع منها فقط، أما مايباع من بقية الدار فلا يستحقه إلا بسبب آخر كالشركة فى الحقوق الخاصة إن كان شريكا فيها، فإن لم يكن شريكا فى حق منها لم يستحق إلا بسبب الجوار، وعند ذلك يستوى فى الاستحقاق هو ومن يشاركه فى هذا السبب من الشركاء فى الحق الخاص أو من الجيران، وظاهر عبارة النهاية وتعليق الرشيدى عليها: أن الشافعية يرون أن حق الأخذ بالشفعة لايثبت إلا [illegible] شركة فى نفس العقار المبيع كله [illegible] ص١٩٦ من الشفعة.

وكذلك إذا باع الشريك فى الحجرة فقط حصته منها كان للشريك الآخر فيها ـ وهو مالك بقية الدار ـ حق أخذها بالشفعة بمقتضى شركته فى الحجرة [1].

واستحقاق الشفعة بسبب الشركة فى العقار ثابت بحديث جابر السابق الذى رواه البخارى، ولايخالف فيه أحد من الأئمة.

فإذا اقتسم الشركاء العقار المشترك بينهم فاختص كل منهم بناحية منه معينة، فإنهم يصيرون بذلك جيرانا لاشركاء، ولايكون لأحدهم حق الشفعة فى نصيب الآخر إذا بيع إلا عند أبى حنيفة، بسبب شركة فى حق، أو بسبب الجوار كما سيأتى.

ثبوت الشفعة بالشركة فى حق العقار الخاص: يريد الحنفية بحق العقار الخاص حق الشرب الخاص، وحق الطريق الخاص، وحق المسيل الخاص.

والشرب الخاص: هو الشرب من مجرى لا تمر فيه صغار السفن، وقيل: مايتفرق ماؤه بين الشركاء فيه بحيث ينتهى ماؤه عند انتهاء مجراه. وقيل مايحصى شركاؤه. واختلفوا فى حد الإحصاء، فقال بعضهم: مادون عشرة، وقيل: مادون

---

(١) وقد تجتمع هاتان الحالتان فى عقار واحد، وذلك بأن يكون بعض العقار شركة بين كثيرين بينما يكون باقيه شركة أيضا بين بعض هؤلاء الشركاء دون سائرهم، وعند ذلك يكون الشركاء فى العقار من طرازين: شركاء فى العقار، وشركاء فى جزء معين منه، ومثال ذلك: دار تحوى مبانى وحديقة. يشترك فى حديقتها ثلاثة أشخاص. وفى باقى الدار اثنان منهم. فهذان الاثنان شريكان فى جميع الدار، والثالث شريك فى حديقتها فقط. فإذا باع أحد الاثنين حصته فى جميع الدار لأجنبى كان حق الشفعة للآخر منهما أولا، فإذا سلم كان للثالث صاحب الحصة فى الحديقة فقط، وقد علل ذلك صاحب المبسوط بأن شركة الأول أعم لأنها فى جميع الدار، وشركة الثانى أخص لأنها فى حديقة الدار، ومن كان أقوى سببا قدم فى الاستحقاق. ومن جهة أخرى يرى أن الأول أولى بالشفعة من الثانى بالنظر إلى جزء الدار المبنى؛. لأن الثانى لا شركة له فيه. والمبيع فى حكم شىء واحد حتى لاتتجزأ الصفقة، وإذا كان أحدهما أحق بالبعض من الآخر كان أحق بالجميع ا.هـ من المبسوط بتصرف «ج١٤ ص١٠٩».

ولكن إذا كان المبيع حصة من الحديقة فقط فإن الشريكين الآخرين يستويان فى استحقاق الشفعة لاشتراكهما معا فيها ولافضل لأحدهما على الآخر. وإذا كان المبيع حصة من جزئها المبنى فقط فإن حق الشفعة يكون أولا للشريك فى كل الدار، فإن سلم كان للشريك فى الحديقة بسبب شركته كالحكم فى بيع جزء من جميع الدار، وذلك من طريق أولى كما هو ظاهر، وعلى الرواية الأخرى لأبى يوسف: لايكون الشريك فى الحديقة إلا جارا للمبيع يستحق الشفعة بسبب الجوار إن لم يكن ثمة سبب آخر كالاشتراك فى طريق خاص، راجع فى ذلك الفتاوى الهندية صفحات ١٦٦، ١٦٧، ١٦٨، ج٥ من الباب الثانى فى مراتب الشفعاء.

أقول: وعلى ذلك فالشركاء فى العقار على مرتبتين: إحداهما فى الأخذ بالشفعة على الأخرى، الأولى شركاء البائع فيما باع حصة شائعة فيه كله، والثانية من عداهم من الشركاء فى بعض العقار، وهذا مايظهر لى من فروعهم وتعليلهم لأحكامها.

أربعين، وقيل : مادون مائة، وقيل مادون خمسمائة[1]، والأصح: أن اعتبار الشرب خاصا أو عاما مفوض إلى رأى القاضى.

والطريق الخاص عندهم : هو الطريق غير النافذ، ويريدون به أن يكون لأهله الحق فى منع غيرهم من أن يستطرقه، ولو كان طريقا يصل بين طريقين[2].

والمسيل الخاص: مايحصى الشركاء فيه، وقيل ذلك مفوض إلى رأى القاضى.

ولايثبت حق الشفعة بسبب الاشتراك فى مشرب عام كنهر النيل أو ترعة عمومية ولابسبب الاشتراك فى طريق عام، وهو ما لكل مار الحق فى استطراقه، ولابسبب الاشتراك فى مسيل عام، كمصرف عام، وعلى ذلك إذا بيعت أرض تشرب من نهر النيل لم يكن لأصحاب الأراضى التى تشرب منه حق أخذها بالشفعة بذلك السبب، وكذلك إذا بيعت دار بابها مشرع إلى طريق عام لم يكن لأرباب الدور التى أشرعت أبوابها إليه حق أخذها بالشفعة بسبب اشتراكهم فى هذا الطريق،وإذا بيعت أرض لها حق الصرف فى مصرف عام لم يكن لملاك الأراضى التى لها حق الصرف فيه حق أخذها بالشفعة لاشتراكهم فى الصرف فى هذا المصرف.

إنما تثبت الشفعة عند الحنفية بالاشتراك فى شرب خاص، أو بالاشتراك فى طريق خاص، وهذا محل اتفاق بينهم، واختلفوا فى ثبوتها، بسبب الاشتراك فى مسيل خاص، فقيل تثبت به، وهو الأصح، وقيل لا شفعة بالشركة فيه [3].

وعلى ذلك إذا بيعت أرض لها شرب فى مجرى خاص، كان لأصحاب الأراضى الأخرى التى لها حق الشرب على هذا المجرى، حق أخذها بالشفعة، لافرق بين أرض مجاورة، وأخرى بعيدة، ولا بين أرض على حافة المجرى التى بها الأرض المبيعة، وأرض على الحافة الأخرى،ولابين أرض تروى منه مباشرة،

---

(١) راجع رد المحتار فى الشفعة «ج٥ص١٥٥».

(٢) راجع رد المحتار فى الشفعة والإسعاف ص٢٣.

(٣) راجع الفتاوى الهندية فى الشفعة.

وأرض تروى منه بواسطة إمرار الماء من أرض أخرى إليها، ولافرق بين أن يكون البيع لأجنبى أو لشخص له أرض تروى من هذا المجرى[1].

وإذا بيعت دار أشرع بابها إلى طريق خاص، كان لجميع أرباب الدور المشرعة أبوابها إلى هذا الطريق حق أخذها بالشفعة، سواء أبيعت إلى شخص لا حق له فى هذا الطريق أم إلى شخص منهم. فإذا طلبوها جميعا قسمت عليهم وفيهم مشتريها، إن كان منهم، وكذلك لافرق بين دار ليس لها حق المرور إلا من هذا الطريق، ودار لها حق فيه، وحق فى الطريق العام، بأن يكون لها بابان: باب فى هذا الطريق، وباب فى الطريق العام، ولا بين دار ملاصقة وأخرى غير ملاصقة إذا ماكانت أبوابها فى الطريق الخاص[2].

---

(١) إذا تفرع من المجرى الخاص مجرى خاص آخر فبيعت أرض شربها من المجرى الأسفل المتفرع كان حق أخذها بالشفعة للشركاء فيه فقط. وإذا بيعت أرض شربها من المجرى الأعلى كان حق أخذها بالشفعة للشركاء فى المجريين الأعلى والأسفل لأنهم جميعا شركاء فى الأعلى وسيزداد بيان ذلك فى كلامنا على الطريق إذا تفرع منه طريق آخر.

(٢) وإذا تفرع من الطريق الخاص طريق خاص آخر منكسر عليه كان لأهل الطريق الثانى امتياز على أهل الطريق الأول. فإذا بيعت دار أشرع بابها إلى الثانى كان حق أخذها بالشفعة لأهله فقط دون أهل الطريق الأول؛ لأنهم ليسوا شركاء فى الثانى، إذ لا حق لهم فى استطراقه لعدم وجود دور مملوكة لهم فيه، ولكن إذا بيعت دار فى الطريق الأول كان حق أخذها بالشفعة لأصحاب الطريقين جميعا: الأول والثانى، أما الأول فظاهر، وأما الثانى فلأن لأهله حق المرور بالأول ليصلوا منه إلى طريقهم فكانوا من أهله أيضا. وقد يقال: إن الطريق الأول هو فى ذاته طريق خاص إلى الدور المشرعة أبوابها إلى الطريق الثانى، فالشركة فى الأول شركة فى الطريق الخاص لهذه الدور، وعلى ذلك تثبت بها الشفعة فيها إذا بيعت، ولكن يرد هذا أن المراد بالطريق الخاص الذى تثبت الشفعة بالشركة فيه هو الطريق الموصل إلى الدار المبيعة مباشرة دون استطراق طريق آخر بعده، والطريق الأول ليس كذلك بالنسبة إلى دار بيعت فى الطريق الثانى، فلم تكن الشركة فيه سببا لأخذها بالشفعة. ولذا كانت الشركة فى الطريق الأول سببا للشفعة فى دار بيعت فيه، سواء أكان لطالب الشفعة دار فى الطريق الأول أم دار فى الطريق الثانى؛ لأنه شريك فى طريق يوصل إلى الدار المبيعة مباشرة على كل حال. كذلك كانت الشركة فى الطريق الثانى سببا للشفعة فى دار بيعت فيه، ولم تكن الشركة فى الطريق الأول سببا للشفعة فى دار بيعت فى الطريق الثانى والعبرة بالباب، ولذا تعتبر الدار التى يكون لها بابان أحدهما فى الأول، والآخر فى الثانى، من دور كل طريق.

والظاهر من تعليل هذه الأحكام أن محلها حينما يكون الطريق المنكسر الخاص مسدودا كما يستفاد من الفتاوى الهندية، أما إذا كان نافذا، وكان يتخذ عادة للوصول منه إلى الطريق الأول، فيمر منه أهل دوره ليصلوا إليها كما يمرون من الطريق الأول إليها، فإن جميع أصحاب الدور المشرعة أبوابها إلى الطريقين يكونون شركاء فى كل من الطريقين، ولهم حق الأخذ بالشفعة بالنسبة إلى أية دار تباع فى أحدهما بلا فرق بين مالك الدار فى الطريق الأول، ومالك الدار فى الطريق الثانى. ويظهر أن اعتبار الطريق المنكسر المتفرع عن آخر طريقا مستقلا ليس جزءا من المتفرع عنه، يرجع إلى العرف فقط، وإلا فأى فرق بين أهل هذا الطريق. وبين أرباب الدور الواقعة فى نهاية الطريق الأول، وهو جزؤه الأخير الواقع بعد تفرع الطريق الثانى؟ وبعبارة أخرى: أى فرق بين هذا الجزء وبين الطريق المنكسر المتفرع؟ ألا ترى أن أصحاب الدور الواقعة فى أول الطريق الأصلى، لايمرون فى جزئه الأخير كما لايمرون فى الطريق المنكسر؟

وإذا كان لأرض حقان: حق في شرب خاص، وحق في طريق خاص، فبيعت فطلب أخذها بالشفعة كل من الشركاء في الشرب، والشركاء في الطريق، كان الشركاء في الشرب أولى من الشركاء في الطريق، كما أن الشريك في الطريق أولى من الشريك في المسيل.

ومرجع ذلك إلى اختلاف الشركاء في قوة الاتصال، وتوقع الضرر بسببه، فأقواهم اتصالا الشريك في الشرب، لأن حياة الأرض ووفرة غلتها بوفرة مائها، ثم يليه بعد ذلك الشريك في الطريق، فالتزاحم فيه والخلاف عليه أقل منهما في الشرب، ودونهما في ذلك المسيل، إذ لايعنى الإنسان كثيرا بأن يكون له مسيل خاص.

وعلى ذلك إذا امتاز أحد الشركاء في حق الشرب بأنه شريك في الطريق، لم يقدم بسبب ذلك على سائرهم، وكذلك إذا امتاز أحد الشركاء في الطريق بأنه شريك في المسيل لم يقدم عليهم بسبب ذلك؛ لأن التقدم بقوة السبب لا بتعدده.

ثبوت الشفعة بالجوار: يرى الحنفية أن حق الشفعة يثبت للجار إذا كان ملاصقا بسبب جواره، فإذا بيعت قطعة أرض، كان لمالك الأرض التي تلاصقها، حق أخذها بالشفعة، لايشترط في ذلك إلا أن تتحقق الملاصقة في أي جزء من أي حد من حدودها، امتد مكان الملاصقة حتى عم الحد أم قصر حتى لم يتجاوز شبرا، فالملاصق طول متر من حد، كالملاصق في الحدود الأربعة، لايمتاز الثاني

= وإن النظر بناء على ماتقدم، يقضي بأنه إذا بيعت دار في آخر الطريق الأول، لم يكن لأرباب الجزء الأول منه فيها شفعة، كما لم يكن لأهل الطريق الثاني. ولكن الحكم هو ماذكرناه أولا، وليس لذلك من مرجع فيما أرى إلا مراعاة العرف وقد تعرض لذلك صاحب الكفاية فقال: إذا بيعت دار في السكة، كانت الشفعة بين أهل السكة كلها، وإن لم يكن لأهل الجزء الأعلى منها حق المرور في الجزء الأقصى؛ لأن السكة إذا كانت واحدة والطريق فيها واحدا فلكل فيها شركة من أول السكة إلى آخرها، إلا أن شركة البعض - وهم أصحاب الدور الواقعة في أقصاها - أكثر من شركة البعض الآخر، والترجيح في الشفعة لايقع بالكثرة في الشركة. وعلى ذلك فلم يبق إلا أن اعتبار الطريق المنكسر طريقين لا طريقا واحدا مرجعه إلى العرف. وقد يقال: لماذا لايكون لأهل السكة الأولى التي تفرعت عنها السكة الثانية حق الأخذ بالشفعة في دار بيعت في السكة الثانية، إذا مارغب عنها أهلها، إذ قد ينالهم ضرر حينئذ من مرور الدخيل في السكة الأولى إلى السكة الثانية. ويكون الحال كدار لها ساحة وفيها بيوت، فإذا بيع بيت منها ليس فيه شركة كانت شفعته للشركاء في الساحة، فإذا رغبوا عنها كانت للشركاء في الطريق الخاص، كما في الهندية؟ وفي الإمكان أن يجاب عن ذلك بأن الضرر المتوقع من المرور في السكة الأولى يسير فلا يترتب عليه حق شفعة، ولكن اليس هو بعينه الضرر الذي يتوقع من مرور دخيل اشترى دارا في السكة الأولى.

عن الأول بشيء ولا يشترط فى ذلك أن تكون الملاصقة لنفس القطعة المبيعة، بل يكفى أن تتحقق مع العقار الذى بيع جميعه، أو بيع جزء منه، وإن لم يكن ذلك الجزء ملاصقا، فإذا بيع من دار جانب معين منها كان لجميع جيرانها الملاصقين حق أخذ المبيع بالشفعة، لافرق بين جار ملاصق لنفس الجانب المبيع، وجار لايلاصقه، وإنما بقية الدار[1]. ولكن إذا تم العقد للمشترى ثم باع ذلك المشترى هذا الجانب مرة أخرى لم تكن الشفعة إلا لمن يلاصق هذا الجانب من الجيران، دون سائر جيران الدار الذين لا ملاصقة بينهم وبين هذا الجانب،ذلك لأن بيعه فى المرة الثانية كان بيعا له استقلاله عن الدار، وكان القصد إلى بيعه باعتباره عقارا مستقلا لا جزءا من الدار.

ومن الجوار الملاصق: اتصال العلو بالسفل، فإذا كان لشخص سفل دار، ولآخر علوها كانا جارين، وإذا باع أحدهما مايملك منها ثبت للآخر حق أخذه بالشفعة فيثبت لصاحب السفل بسبب الجوار حق الشفعة فى العلو إذا بيع، مادام لم يوجد سبب آخر، كالاشتراك فى الطريق الخاص، وإلا ثبت له حق الأخذ به، وكذلك يثبت لصاحب العلو حق أخذ السفل بالشفعة إذا بيع لنفس السبب، وكذلك يعتبر اتصال كل من السفل والعلو بالأرض المجاورة وما عليها من البناء من قبيل الجوار فتسرى عليه أحكامه.

آراء العلماء فى الشفعة بالسببين الأخيرين: وثبوت الشفعة بالشركة فى الحق الخاص، أو بالجوار محل خلاف بين العلماء، ذهب إليه الحنفية، وخالفهم الشافعية والمالكية والحنابلة، وفى رأيى أن خلافهم فى هذين السببين يرجع إلى عدم العلم بما روى من الأحاديث التى جاءت بثبوت الشفعة بهما، أو

---

(١) راجع الهندية «ج٥ص١٦٦» فى الشفعة ومانقله رد المحتار عن القهستانى فى كتاب الشفعة عند الكلام على حق الجار. ويؤيد ذلك مافى المبسوط : دار كبيرة فيها مقاصير باع صاحب الدار مقصورة منها أو قطعة معلومة، فلجار الدار من اى نواحيها الشفعة؛ لأن المبيع من جملة الدار، والشفيع جار للدار فكان جارا للمبيع إلى آخر ما جاء فيه، ولكن الذى فى المتون أن مالك الدار إذا باعها إلا ذراعا بجوار جارها لم يكن لذلك الجار حق أخذها بالشفعة، لوجود الفاصل بين عقاره وبين المبيع وهو باقى الدار بعرض ذراع، والشرط فى الأخذ بالشفعة التلاصق ولم يوجد، قال الرافعى فى تقريره: والرأى الأول رواية الحسن عن أبى يوسف عن أبى حنيفة وهو أيضا رواية هشام عن محمد، وعلى ذلك ففى المسألة رايان، اخذ اصحاب المتون بأحدهما وهو عدم ثبوت الشفعة، بسبب عدم التلاصق، وأخذ صاحب المبسوط وغيره بالآخر، وهو أن الشرط هو التلاصق بالدار المبيع منها لا التلاصق بالمبيع نفسه. راجع تقرير الرافعى فى أول كتاب الشفعة، وفى باب ما يبطلها.

إلى عدم الاطمئنان إليها مع اطمئنانهم إلى صحة مارواه جابر قال: (قضى رسول ﷺ بالشفعة فى كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) فإنه دل على نفى الشفعة عند تحديد الحدود وإقامتها وتبيين الطرق وذلك موجود متحقق عندما يطلب الشريك فى الحق الخاص الآخذ بالشفعة، وكذلك عند طلب الجار، فإن المبيع فى الحالين محدد معين بينة طرقه، وإذن فلا شفعة فيه، بنص الحديث.

ولكن الحنفية يروون مع ذلك الأحاديث الآتية: (١) «جار الدار أحق بالدار من غيره». (٢) الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها، وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا». (٣) «الجار أحق بسبقه»، قيل: يارسول الله، وماسقبه؟ قال: «شفعته»، ويروى «أحق بشفعته» والسقب فى اللغة ماقرب من الدار، ومجموع هذه الأحاديث يؤيد رأى الحنفية، وهى فى الحسن بعد بحث أسانيدها بحيث لاترد، والجمع بينها وبين الحديث الأول يسير ممكن [1]. وحكمة شرع الشفعة متحققة عند طلبها من الشريك ومن الجار، ولذا كان رأى الحنفية أقوى وأصلح، وإليه ذهب كثير من السلف.

مراتب الشفعاء: إذا بيعت حصة من عقار فطلب أخذها بالشفعة الشركاء فى العقار والشركاء فى الحق الخاص، والجيران الملاصقون كان أولاهم بها الشركاء فى العقار على الترتيب الذى ذكرناه، لايفضل أحدهم على من فى درجته مهما امتاز عنه بسبب آخر من أسباب الشفعة، فإذا رغبوا عنها جميعا كان أولاهم بها الشركاء فى الحق الخاص [2] على الترتيب الذى بيناه، ولايفضل أحدهم على غيره بجوار، فإذا رغبوا عنها جميعا كانت للجيران الملاصقين، ولاتفضيل لبعضهم على بعض بطول التلاصق. فإذا رغبوا عنها بقيت لمن اشتراها.

---

(١) قد يمكن الجمع بينها بأن يقال: إن حديث جابر لايدل إلا على ثبوت الشفعة فى كل ما لم يقسم من العقار بسبب الشركة، وهذا لاينفى ثبوتها فى العقار المقسوم بسبب آخر كالجوار، وإذن يكون قول الراوى: فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة: مرادا به نفى الشفعة بسبب الاشتراك؛ لأن الحديث فيها. وقيل : إن هذه الجملة استتاج من الراوى، فلا تكون حجة لأنها زيادة منه، وليست زيادة الراوى حجية.

(٢) إذا كان المبيع دارا لها شفيع هو شريك فى طريقها الخاص ولها جار فاتفق الشريك مع المشترى على أنه يأخذ نصف الدار بنصف الثمن ويترك له النصف الآخر جاز ذلك وكان للجار حينئذ أن يأخذ النصف الذى أبقى للمشترى بالشفعة بسبب الجوار ولايبقى للمشترى شيء: مبسوط «ج١٤ ص١٥٨».

وإنما قدم الشركاء فى نفس العقار على الباقين؛ لأنهم أقواهم اتصالا به وأشدهم فى الغالب حاجة إليه، وأعظمهم خوفا من ضرر يتوقع، ثم يلنيهم فى ذلك الشركاء فى الحق الخاص، فكانوا بعدهم مباشرة فى المنزلة، ثم يليهم فى ذلك الجيران، فكانوا أدناهم منزلة، وقد روى عن رسول الله فى ذلك «الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفيع» وفسر الخليط بأنه الشريك فى الحق، وفسر الشفيع بالجار، وإلى هذا ذهب أئمتنا الثلاثة فى ظاهر الرواية[1]؛ لأنهم جميعا أصحاب حق فى أخذ المبيع بالشفعة، ولكنهم متفاوتون فى القوة وسبب الاستحقاق، وليس من الممكن إعطاء المبيع كله لكل نوع منهم، فوجب عند تعارضهم أن يقدم الأقوى سببا[2].

تزاحمهم: إذا طلب أخذ المبيع بالشفعة واحد من أى نوع أعطى له، فإذا طلب أكثر من واحد، وكانوا من مرتبة واحدة - على مابينا - قسم المبيع بينهم على حسب رءوسهم فلا يزداد شريك بالنصف على شريك بالربع، ولاجار فى جانبين أو ثلاثة على جار من جانب واحد، بل يقسم بينهم على السواء، وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعة على رءوس الرجال» ولأن أهل المرتبة الواحدة تساووا فى استحقاق أخذ المبيع، بدليل أن كلا منهم يأخذه كله عند انفراده، فجميعه من حقه، فإذا تعددوا وتعارضوا اقتسموه بينهم على السواء، لاستوائهم جميعا فى استحقاقه، كالشىء يدعيه اثنان، ويقيم كل منهما البينة على ملكه، وتساوى البينتان، فيقسم بينهما نصفين. وإذا ماتنازل أحد الشفعاء عن حقه لواحد منهم فى هذه الحال كان تنازله إسقاطا لحقه فى الشفعة، وكان نصيبه بين سائر الشفعاء على السوية، لايختص به من كان التنازل لأجله؛ لأن المتنازل لم يملك شيئا يصح أن يملكه لغيره.

---

(١) وروى عن أبى يوسف رواية أخرى وهى أن الشركاء فى نفس العقار إذا وجدوا كان الحق لهم دون غيرهم وحجبوا من يليهم فى المرتبة من الشركاء فى الحق الخاص والجيران فلا يكون لهؤلاء حق الأخذ بالشفعة مع وجودهم، وسواء فى ذلك أن يتمسك بحق الشفعة الشركاء فى نفس العقار أو يرغبوا عنه، لأن الحق لهم، فإذا تنازلوا عنه سقط، ولايكون لغيرهم من بعد. وكذلك الحال بالنسبة للشركاء فى الحق الخاص مع الجيران.

(٢) كأصحاب ديون الصحة مع أصحاب ديون المرض إذا لم تف التركة إلا بديون فريق منهم، فإنه يقدم فى هذه الحال أصحاب ديون الصحة، فإذا تنازلوا عن ديونهم اعطيت التركة لأصحاب ديون المرض، وكذلك إذا تنازل الشركاء فى العقار كانت الشفعة للشركاء فى الحق الخاص. فإذا تنازلوا كانت للجيران.

وذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أنه إذا تعدد الشركاء في العقار وطالبوه جميعا بالشفعة فيه قسم بينهم قسمة تناسبية بنسبة حصصهم بعضها إلى بعض [1]، فإذا كان العقار مشتركا بين أربعة لأحدهم ثلثه (أربعة أسهم من اثنى عشر سهما) وللثاني ربعه «ثلاثة أسهم من ١٢ سهما» وللثالث سدسه «سهمان من ١٢ سهما» وللرابع ربعه، فباع الرابع حصته لأجنبي فطلب أخذها بالشفعة الشركاء الثلاثة الباقون، فإنها تعطى لهم وتقسم بينهم قسمة تناسبية كما قدمنا، وبما أن مقدارها ثلاثة أسهم من ١٢ سهما تقسم على سهام الآخرين المبينة، وجملتها تسعة أسهم، فيخص كل سهم منها ثلث سهم، فيكون لصاحب الثلث: سهم وثلث؛ لأن حصته في العقار أربعة أسهم، ويخص صاحب الربع: سهم؛ لأن حصته في العقار ثلاثة أسهم، ويخص صاحب السدس: ثلثا سهم، لأن حصته في العقار سهمان.

ووجه ذلك أن استحقاقهم للشفعة حق من حقوق ملكهم، وكأنه ثمرة من ثمراته، فيتقدر بقدره عند التزاحم فيها، ويستحقونها على حسب مايملكون من أصلها، كما يستحق الشركاء ثمرة ملكهم المشترك على حسب حصصهم فيه.

---

(١) اشترط مالك أن يكون الشركاء في شركتهم في درجة واحدة وذلك بأن يكون كل شريك أصلا في الشركة وليس خلفا عن غيره، أما إذا اختلفت الدرجة وذلك بأن تكون شركة بعض الشركاء ناتجة عن خلافتهم لشريك كان له حظ في العقار. فلا يكون جميع الشركاء سواء بل يقدم الشريك في السهم المباع بعضه على الشريك في أصل العقار. وذلك إنما يظهر في قيام الورثة مقام مورثهم في الشركة واشتراك بعضهم في سهم واحد من الميراث، فلو أن دارا كانت مشتركة بين اثنين فمات أحدهما عن جدتين وزوجتين وشقيقتين فباعت إحدى الجدتين حظها من الدار أو إحدى الزوجتين أو إحدى الشقيقتين فإن شريكتها في السهم تكون أولى من بقية الورثة ومن الشريك الأجنبي، فتكون الجدة أولى بأخذ حظ زميلتها الجدة لاشتراكهما في السدس، وتكون الزوجة أولى بحظ ضرتها لاشتراكهما في الربع، وتكون الشقيقة أولى بحظ شقيقتها لاشتراكهما في الثلثين، فإذا سلمت الشفعة من هي أولى كان الأحق بالأخذ بقية الورثة، فلهم المشفوع فيه على قدر سهامهم دون الأجنبي، فإذا سلم الورثة كان المشفوع فيه للشريك الأجنبي، ولذا تقدم الأخت لأب فيما تبيعه الأخت الشقيقة على بقية الورثة من البنات والزوجات لاشتراكهما أيضا في الثلثين لأنها تأخذ السدس تكملة للثلثين، وفي المدونة: ورث أبناء دارا كان يشارك أباهم فيها شريك آخر، فمات أحد الأبناء عن أولاد، فإن باع أحد أولاد الولد المتوفى شقصه قدم إخوته في الأخذ بالشفعة، فإن سلموا كانت الشفعة لأعمام البائع، فإن سلموا كانت للشريك الأجنبي، ولو باع أحد هؤلاء الأعمام شقصه فالشفعة لبقية الأعمام مع بنى أخيهم لقيامهم مقام أبيهم في الميراث، وإذا توفى شريك عن أصحاب فروض وعصبة فباع أحد العصبة، كانت الشفعة بين جميع الورثة على السواء، إذ ليس للعصبة سهم معين حتى يختصوا به، وإذا توفى شخص عن ورثة وموصى لهم بسهم شائع، فباع أحد الموصى لهم سهمه كان الأحق بالشفعة بقية الموصى لهم ثم الورثة، وقيل: إن الموصى له لايقدم على الوارث ولكن يقدم الوارث على الموصى له. راجع منح الجليل «ج٣ ص٦١٠».

ويمكن الحنفية أن يردوا على ذلك بأن الثمرة تتولد من الملك، فيكون لكل شريك فيها قدر ماتولد من ملكه. أما استحقاق الشركاء لملك غيرهم، وتملكهم له، فليس متولدا من ملكهم، إذ لايكون ملك غيرهم ثمرة من ثمرات ملكهم، وإنما استحقوه بأمر الشارع بوصف أنهم شركاء؛ دفعا للضرر عنهم، وهم فى ذلك سواء، فيقتسمون على السواء.

شروط الشفعة

للشفعة أربعة شروط: اثنان منها فى المشفوع فيه، واثنان فى المشفوع به. فيشترط فى المشفوع فيه مايأتى:

فى أى مال تكون الشفعة؟

الأول- أن يكون عقارا، سواء أكان عينا مفرزة كدار، أم جزءا شائعا فيها كثلث وربع، وسواء أكانت العين مما يقبل القسمة كدار كبيرة أم كانت مما لايقبلها كحمام صغير مثلا، ففى كل هذه الأحوال يثبت حق الشفعة فى العقار المبيع.

ولاتثبت الشفعة فى منقول إلا إذا كان تابعا للعقار وبيع معه، سواء أكان متصلا به اتصال قرار كالبناء والشجر والنخل والزرع، أم كان متصلا بما هو متصل به: كالثمر على الشجر، أم كان غير متصل به، ولكنه من لوازمه كآلات الحرائة والسقى ونحوها للأراضى الزراعية. أما إذا بيع شىء من ذلك استقلالا دون أن يباع مع العقار، فلا تثبت فيه الشفعة؛ وكذلك الحكم إذا بيع مع العقار المنقول ماليس متصلا به ولم يكن من لوازمه وأدواته.

وعلى ذلك إذا كان بناء مشتركا على أرض محكرة، فباع أحد الشركاء فيه حصته لم يكن لشركائه فيه حق أخذها بالشفعة؛ لأن البناء منقول، ولا شفعة فى المنقول إلا إذا كان مبيعا مع العقار وتابعا له، وإذا بيعت ضيعة بما عليها من حظائر ومخازن، وما فيها من أشجار ونخيل وآلات زراعية، فإن حق الشفعة يثبت فى جميع ذلك من عقار ومنقول لجيران الضيعة أو لشركائها فى حق الشرب الخاص أو الطريق الخاص، وإذا بيعت دار مع سيارة كان للشفعاء حق أخذ الدار دون السيارة؛ لأنها غير تابعة للدار.

هذا ماذهب إليه الحنفية: وقد استدلوا على ذلك بقوله ﷺ : «لاشفعة إلا فى ربع أو حائط» رواه جابر - والربع الدار، والحائط البستان؛ ذلك لأن العقار يبقى على الدوام، فيدوم ضرره، بخلاف المنقول، فليس له بقاء العقار.

وذهب المالكية أيضا إلى أنها تثبت فى العقار، ولكنه يشمل عندهم الأرض والبناء والشجر، وألحقوا به الثمر على الشجر فأثبتوها فى الأثمار إذا كانت أصولها باقية بعد جنيها وإن بيعت مفردة عن أصولها [1]، ولم يثبتوها فى غير ذلك من المنقول.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أضيق من ذلك فأثبتوها فى العقار إذا كان مما يقبل القسمة، ولم يثبتوها فيما لايقبل القسمة منه، وهو رأى لبعض المالكية، كما فى منح الجليل، وقد بنوا ذلك على أنها شرعت لدفع الضرر الناتج من القسمة ونفقاتها، وذلك لايتوقع فيما لايقبلها، فلم تثبت فيه، راجع النهاية وكشاف القناع فى الشفعة.

وذهب بعض السلف كعطاء وجابر إلى أن الشفعة تثبت فى كل مبيع مشترك، عقارا كان أو منقولا، وإلى هذا ذهب أهل الظاهر [2]، فقالوا بثبوتها فى كل جزء بيع مشاعا فى أرض أو شجر أو ثوب أو سيف أو آنية أو طعام، لايحل لمن كان له ذلك الجزء أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه أو شركائه، فإن رغبوا فيه

---

(١) فى المدونة «ج١٤ ص١٠٨» قال مالك: لاشفعة إلا فى الدور والأرضين والنخل والشجر والثمر، ولا شفعة فى دين ولا حيوان ولاسفن ولابز ولاطعام ولا فى شىء من العروض ولا فى سارية ولا حجر ولا فى شىء من الأشياء سوى ماذكر سواء أقبل القسمة أم لا . ا.هـ من باب ما لاتقع فيه الشفعة. وعليه إذا كان لشركاء شجر او نخيل أو بناء فى أرض اعيرت لهم لأجل ذلك، فباع أحدهم حصته من ذلك كان لسائر الشركاء أخذها بالشفعة، ولكن يقدم عليهم فى اخذها رب الأرض إن كانت العارية مطلقة. ولا يأخذ الحصة بما قامت به حتما بل يأخذها بأقل البدلين: قيمة النقض والثمن الذى قامت به، وهذا إذا كان بيع الحصة بعد انقضاء المدة التى تعار لاجلها مثل هذه الأرض لهذا الغرض. أما إذا حصل البيع قبل انقضاء هذه المدة فإنه يأخذ الحصة بأقل البدلين: قيمتها قائمة إلى نهاية المدة والثمن الذى قامت به. فإن كانت العارية مقيدة بمدة فبيعت الحصة قبل مضيها، لم يكن للمعير حق التقدم فى أخذها على الشركاء، ولا يأخذ المعير فى هذه الأحوال بحق الشفعة، بل يأخذ لدفع الضرر عن نفسه ولأن ضرره أعظم قدم على الشركاء، وكذلك إذا كان الشركاء شركاء فى ثمر على شجر استحقوه بالمساقاة، أو بالوقف فباع أحدهم حصته فيه كان لسائر الشركاء حق أخذها بالشفعة، وكذلك كل ثمرة تجنى ويبقى أصلها كالباذنجان ونحوه. منح الجليل «ج٣ ص٥٩٢».

(٢) وهو قول أهل مكة ونص عليه الإمام أحمد فى رواية حنبل. راجع إعلام الموقعين «ج٢ ص٢٤٧» ومابعدها.

باعه لهم، وإن رغبوا عنه سقط حقهم، وليس لهم طلبه بعد ذلك بالشفعة، فإن باعه لغيرهم قبل أن يعرضه عليهم كان لهم حق أخذه بالشفعة، ويستدلون على مذهبهم بأن حق الشفعة إما أن يكون ثابتا بطريق النص أو بطريق النظر، فإن كان ثابتا بالنص فقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «الشريك شفيع، والشفعة فى كل شىء» وروى جابر عنه فقال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل شىء» وإن كان ثابتا بطريق النظر فلم يثبت إلا لدفع الضرر، والضرر كما يوجد ويتوقع فى العقار يوجد ويتوقع كذلك فى المنقول، بل قد يكون فى المنقول أشد، وعلى الجملة فضرر الدخيل عند الشركة فى العقار كضرره عند الشركة فى المنقول[1].

الشفعة فى العلو:

وقد ألحق الحنفية العلو بالعقار فأثبتوا فيه الشفعة إذا بيع، وأثبتوا به الشفعة أيضا إذا بيع سفله أو عقار بجواره، ذلك لما للبناء المستعلى من حق البقاء والقرار على السفل. فكان كالعقار فى دوامه، فألحق به.

وعلى ذلك إذا كان العلو لشخص والسفل لشخص آخر فباع صاحب العلو علوه لأجنبى كان لصاحب السفل أخذه بالشفعة بسبب الجوار، وكذا يكون للجيران الآخرين - وهم أصحاب الجوار الجانبى - أن يشركوا صاحب السفل فى هذا الطلب، فيقسم العلو عليهم جميعا، إلا أن يتقدمهم صاحب السفل بأن يكون شريكا فى حق خاص للعلو كالطريق الخاص، والنتيجة أن الجوار الرأسى لايفضل الجوار الجانبى فى استحقاق الشفعة به[2].

ولم يلحق الحنفية بالعقار بناء المحتكر على الأرض المحتكرة وإن كان له حق القرار؛ لأن بقاء هذا الحق مرهون بالمصلحة وقيام المحتكر بدفع أجر مثل الأرض، فإذا لم يتوافر هذان الشرطان سقط حق القرار وأزيل البناء، ولذا لايماثل حق العلو فى بقائه ودوامه، فلم يكن مثله فى أحكامه.

---

(١) راجع المحلى لابن حزم فى الشفعة.

(٢) لايرى الشافعية والحنابلة ثبوت الشفعة فى البناء ولو كان علوا على سفل ولاتثبت فيه عندهم إلا إذا بيع مع العقار فتثبت فيه تبعا. وأثبتها بعض الشافعية فى العلو المشترك إذا كان سطحه مشتركا بين الشركاء فيه بحجة أنه كالبناء على الأرض «راجع نهاية المحتاج وكشاف القناع».

لا شفعة إلا عند معاوضة

الثانى- أن يخرج العقار المشفوع فيه من ملك صاحبه خروجا باتا بعوض مالى، فلا حق لأحد فى أن يتملك عقارا جبرا عن مالكه، إذا لم يقدم مالكه على إخراجه من ملكه، لأن مالك الشيء أولى به من غيره، وكذلك إذا أخرجه من ملكه على وجه ليس ببات ولاقاطع، لم تثبت فيه الشفعة؛ لأن حقه فيه لايزال باقيا، كما إذا باعه بيعا فاسدا فقبضه المشترى، فإنه بالقبض يخرج من ملك صاحبه، ويثبت الملك فيه للمشترى ولكن على وجه غير بات، إذ يجب على كل منهما فسخ العقد ورد المبيع إلى بائعه، ولذا كان حق بائعه فيه لم ينقطع، وكان أولى به من غيره، فلا يثبت لشفيع حق شفعة، ولكن إذا أصبح هذا الملك باتا بأن فعل فيه المشترى مايمنع رده إلى بائعه، كأن يزيد فيه زيادة لايمكن أن يسلم بدونها، تثبت فيه الشفعة حينئذ لانقطاع حق بائعه فى استرداده. ويتملكه بالقيمة لا بالثمن. كما فى المبسوط «ج١٤ص١٤٩».

حق الشفعة عند التبرع :

وكذلك الحكم إذا خرج من ملك صاحبه فى غير معاوضة، فلا يكون لأحد حق أخذه بالشفعة، كما إذا وهبه بغير اشتراط عوض، أو تصدق به، أو وقفه أو أوصى به، أو انتقل العقار بوفاته إلى ورثته؛ ذلك لأن تملك العقار بالشفعة لم يشرع إلا فى نظير عوض يتساوى مع ماقوبل به من مال عند خروجه من ملك صاحبه وماترتب على ذلك من نفقات، فيتملكه الشفيع بمثل ذلك إن كان مثليا وبقيمته إن كان قيميا حتى يتحقق بذلك لصاحبه مااستحقه فى نظير إخراجه من ملكه، ويتم لمتملكه منه استيفاء ما أنفقه فى سبيل تملكه. وهذا لايمكن تحقيقه عندما يخرج العقار من ملك صاحبه بالمجان، لأنه لم يقابل بشيء، وليس مما يقبل أن يتملكه الشفيع حينئذ بالمجان، لأن مالكه إنما تبرع به لغرض خاص لايتحقق بالتبرع لغيره، وإعطاؤه للشفيع بالمجان مضيع لذلك الغرض، وكذلك لايقبل أن يتملكه بقيمته من المتبرع له؛ لأن أساس أخذ العقار بالشفعة من مشتريه أن الشفيع أولى منه بشرائه، فأمكن لذلك توجيه الصفقة إليه، ولكنه ليس أولى بأن يتبرع به له كما ذكرنا، فلم يجز له أن يحل محل المتبرع له، ولا أن يتملكه جبرا عنه بقيمته إذ لا حق له فيه عند ذلك، وذلك محل اتفاق بين الأئمة الأربعة.

الشفعة عند المعاوضة بما ليس مالا:

وكذلك الحكم عند الحنفية إذا أخرجه صاحبه من ملكه بمعاوضة ليس العوض فيها مالا، كأن جعله مالكه مهرا، أو بدل فرقة من زواج، أو أجرا على عمل أو نظير منفعة، فإن حق أخذه الشفعة لايثبت فيه لأحد، ذلك لما قدمنا من أن التملك بالشفعة إنما شرع بمثل ماتملكه به من صار مالكا له، أو بقيمته، ولايمكن ذلك فى هذه الأحوال؛ لأن بدله ليس بمال، فلا مثل له من الأموال ولاقيمة، فلم يكن أخذه بالشفعة لذلك مشروعا، وإلى هذا ذهب أحمد بن حنبل أيضا.

وذهب الشافعى إلى ثبوت الشفعة فى هذه الأحوال لإمكان تقويم العوض فيها، والأخذ بقيمته، فإذا جعل مهرا أخذ الشفيع بمهر المثل، وكذلك إذا جعل بدل فرقة من طلاق أخذه الشفيع بمهر مثل الزوجة؛ لأن الزوجة ما بذلته لزوجها فى هذه الحال وماقبله الزوج كذلك إلاعوضا عما كان له من حق التمتع بزوجته وهو يقدر بمهر المثل، وإذا جعل بدل عمل أو منفعة أخذه بأجر مثل العامل أو بالأجرة المعروفة لهذه المنفعة.

وذهب مالك إلى إثبات الشفعة فى هذه الأحوال أيضا، غير أن الشفيع إذا أراد أن يأخذ العقار فلا يأخذه إلا بقيمته، لابقيمة بدله.

وبناء على ماتقدم فإذا تزوج شخص امرأة على حصته من هذه الدار، وهى النصف فقبلت، أو طلقها نظير حصتها فى هذه الدار وهى النصف فقبلت، أو أعطى طبيبا نصف دار مشتركة بينه وبين غيره نظير قيامه بعلاجه، أو أعطاه محاميا نظير دفاعه عنه فى خصومة، أو دفعه أجرة على زراعته لهذه الضيعة سنة، لم يثبت لشفيع فيها حق الشفعة عند أبى حنيفة وأحمد، ويثبت للشريك فيها حق الشفعة فى هذا النصف، فيأخذه إن أراد من الزوجة بمهر مثلها فى الصورتين الأوليين، أو من الطبيب أو من المحامى، أو من مؤجر الضيعة بأجر المثل فى باقى الصور عند الشافعى، ويأخذه بقيمته فى جميع هذه الصور عند مالك لابمهر المثل، ولا بأجرة المثل[1].

---

(١) وقول مالك أعدل، فقد يتسامح فى المهور زيادة ونقصا فتعطى الزوجة نصف دار قيمته أضعاف مهر مثلها أو على النصف من مهر مثلها. فإذا أخذه الشفيع بمهر المثل دفع فيه أقل من قيمته فى الصورة الأولى وضعف قيمته فى الصورة الثانية. وليس فى ذلك معادلة.

وقت ثبوت حق الشفعة للشفيع :

أما إذا أخرجه مالكه من ملكه بمعاوضة، وكان العوض فيها من الأموال، فإنه يثبت للشفيع حق أخذه بالشفعة اتفاقا على أن يدفع ذلك العوض، وعلى ذلك فحق الشفعة لايثبت للشفيع إلا فى الأحوال الآتية، إذ لاتتحقق المعاوضة على هذا الوجه إلا فيها:

(ا) البيع - فإذا باع العقار مالكه ببدل مثلى أو قيمى كان لشفيعه حق أخذه بالشفعة على أن يدفع مثل ذلك البدل إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا، فإذا كان البدل عقارا ثبت فيه أيضا لشفيعه حق أخذه بالشفعة، على أن يدفع فيه قيمة العقار الأول، وإذا كان العقار موقوفا فبيع بمسوغ شرعى ثبت لجاره أو للشريك فى حقه الخاص حق الشفعة فيه، لخروجه حينئذ عن حالته ودخوله فى ملك مشتريه[1].

---

(١) وهذا إذا كان عقد البيع خاليا من اشتراط الخيار للبائع، أما إذا شرط فيه للبائع الخيار فى أن يمضى العقد أو يفسخه، فلا يثبت فى العقار حينئذ حق الشفعة لأحد؛ ذلك لأن اشتراط هذا الخيار للبائع يمنع المبيع من أن يخرج من ملكه، بل يظل على ملكه حتى يختار أو تمضى المدة المعينة للخيار كما سيأتى، فإذا أمضى العقد أو مضت مدة الخيار دون أن يفصح عن نيته نفذ وثبت حق الشفعة فى البيع لخروج المبيع عن ملكه حينئذ، ولكن إذا ا ختار فى مدة الخيار فى فسخ العقد انفسخ ولاشفعة.

ويلاحظ أن من له حق الشفعة إذا باع عقاره الذى يشفع به لآخر قبل سقوط الخيار لم يكن لمن اشتراه منه حق الأخذ بالشفعة، لأنه لم يكن مالكا عند إنشاء عقد البيع الذى ترتب عليه حق الشفعة، ولأن خروج المبيع من ملك البائع يستند إلى ذلك الوقت فلابد من تحقق شرط الأخذ بالشفعة فيه.

وأما إذا اشترط هذا الخيار للمشترى فإن الشفعة تثبت فى العقار المبيع؛ لأن هذا الشرط لايمنع نفاذ العقد فى إخراج المبيع من ملك بائعه، وبخروجه من ملك بائعه تثبت فيه الشفعة، إذ لا خيرة له فى هذه الحال بل الخيرة للمشترى، فإذا طلب الشفيع فى هذه الحال أخذه بالشفعة أعطى له دون توقف على معرفة رأى المشترى، حتى إذا اختار المشترى حينئذ أن يفسخ العقد ففسخه لم يؤثر ذلك فى حق الشفيع فيبقى، بل شفعته لأن حقه قد ثبت فلا يكون لغيره سلطان عليه فى إبطاله قهرا عنه، ومثل ذلك فى الحكم ما إذا كان للمشترى خيار رؤية أو خيار عيب، فإن حق الشفعة يترتب على العقد لخروج المبيع من ملك البائع مع ثبوت هذا الخيار، وإذا اختار المشترى فسخ العقد فى الحالين لم يؤثر ذلك فى حق الشفيع لما قدمناه. ا.هـ. من رد المحتار نقلا عن الشرنبلالى «ج٥ص١٦٧» من باب مايثبت فيه الشفعة.

وإذا اشترط ذلك الخيار للشفيع فإن شرطه له البائع كان كأنه شرطه لنفسه فلا شفعة، فإذا اختار الشفيع فسخ العقد فكذلك الحكم لارتفاع العقد، وإن أنفذه بطلت شفعته إذ يعتبر بذلك كأنه تملك لمشتر وراض بجواره، وهذا إذا رضى الشفيع بأن يشترط له الخيار فاختار، أما إذا أبى ذلك أو سكت حتى انتهت مدة الخيار كان له حق الشفعة. وإن شرطه له المشترى كان كأنه شرطه لنفسه، وهو إذا شرطه لنفسه كان للشفيع حق الشفعة فيثبت حينئذ للشفيع حق الشفعة. راجع الزيلعى وحاشية الشلبى عليه.

(ب) الهبة بشرط العوض. كأن يهب إنسان هذه الدار لآخر على أن يعوضه عنها هذه الجوهرة. وهذا النوع من الهبة يعده زفر بيعا فتثبت الشفعة فى الدار بمجرد تمامه بالقول، أى عقب الإيجاب والقبول، ويعده أبو حنيفة وصاحباه هبة فى الابتداء، وبيعا فى الانتهاء، ولذا لايثبتون حق الشفعة فى الدار لشفيعها إلا بعد التقابض، أى بعد تسلم العقار، وقبض الجوهرة، لأنه قبل التقابض يعتبر هبة عندهم، فلكل من الواهب والموهوب له أن يرجع عنه، ولا يثبت به الملك فى البدلين معا إلا بالتقابض، فلا يترتب عليه ثبوت حق الشفعة إلا بعده، لتمام الملك فى كل بدل ولزومه حينئذ [1]، وإذن يأخذ الشفيع العقار المشفوع فيه، وهو الموهوب بقيمة مادفع فيه من عوض إن كان قيميا، وبمثله إن كان مثليا.

(جـ) الصلح ـ فإذا ادعى إنسان على إنسان آخر حقا هو مال وطالبه به فصالحه عليه بعقار «دار أو أرض زراعية» سلمه إليه، فإن حق الشفعة يثبت فى الدار أو فى الأرض؛ ذلك لأن كلا منهما قد خرج بالصلح من ملك صاحبه، ودخل فى ملك المدعى عوضا عما كان يطلبه من مال فى دعواه على أية حال، سواء أكان المدعى عليه قد أقر بالدعوى أم أنكرها أم سكت عن ذلك وطلب هذا الصلح وأنفذه، وكأن المدعى قد اشتراه بذلك المال المطلوب فيثبت فيه للشفيع حق الشفعة. وأما إذا كان العقار هو المطلوب بالدعوى فصالح المدعى عليه مدعيه بمال دفعه إليه، فإن كان ذلك الصلح بعد إقراره بالدعوى ثبت حق الشفعة فى العقار المطلوب بالدعوى، إذ قد ظهر بإقرار المدعى عليه أن هذا العقار ملك للمدعى وقد استبقاه المدعى عليه وتملكه نظير مادفع من مال، فكأنه قد اشتراه به فيثبت فيه حق الشفعة، ولكن إذا كان هذا الصلح بعد إنكاره للدعوى أو لم يسبقه إقرار منه ولا إنكار، فلا يثبت فى هذا العقار حق الشفعة؛ لأن العقار قد بقى فى يد المدعى عليه ولم يخرج من ملك أحد إلى ملكه، وإنما استمرت ملكيته له، وما دفع المال عوضا عنه على وجه التحقيق، إذ من المحتمل الذى يؤيده عدم إقراره بالدعوى، أنه لم يدفعه إلا لترك الخصومة، وتجنبا للنزاع وافتداء لليمين.

ويشترط فى المشفوع به مايأتى:

---

(١) راجع الهندية وتكملة ابن عابدين والمبسوط ج١٢ ص٨٠ ومنه تعلم أن الملك فى البدل يثبت لمن قبضه بمجرد قبضه ولايتوقف على قبض البدل الآخر، ولكن لاتثبت الشفعة فى البدل المقبوض إذا كان عقارا إلا بعد قبض البدل الآخر، حتى يتحقق أنه قد خرج من ملك صاحبه نظير عوض هو مال، ولأنها لاتصير بيعا إلا بالتقابض.

الشفعة بالعقار :

الأول - أن يكون عقارا، فلا تستحق الشفعة بمنقول؛ ذلك لأن سبب استحقاقها إما الشركة - ولا شفعة فى منقول عند الاشتراك فيه كما قدمنا، خلافا لمن رأى ذلك - وأما الاشتراك فى حق خاص من شرب أو طريق أو مسيل. ولا يكون ذلك مقررا على منقول، ولا مقررا لمنقول كما قدمنا. وإما الجوار والجوار بسبب المنقول لايدوم، ولايترتب حق الشفعة إلا على الجوار الدائم لدوام ضرره دون المؤقت.

وعلى ذلك إذا استؤجرت أرض للبناء، فبنى عليها المستأجر، ثم باعها مالكها لم يكن للمستأجر حق أخذها بالشفعة اتفاقا، أما عند الحنفية، فلأنها لاتستحق بالمنقول، وأما عند غيرهم فلأنها لاتستحق بالجوار.

الشفعة بالعلو :

وقد ألحق الحنفية العلو بالعقار كما قدمنا، فتستحق به الشفعة، فإذا كانت دار بين شخصين لأحدهما أرضها وسفلها، وللآخر علوها، فباع صاحب السفل مايملك منها ثبت لصاحب العلو فيه حق الشفعة؛ لأنه جار، وجواره دائم، ولذا يشاركه من يجاورها من جهاتها الأربع، إلا أن يكون صاحب العلو شريكا فى طريقها الخاص، فيتقدم على الجيران إذا لم يكونوا شركاء فيه، وكذلك الحال إذا باع صاحب العلو علوه، فيكون لصاحب السفل حق أخذه بالشفعة بسبب الجوار، حكمه فى ذلك حكم صاحب العلو فى الحال السابقة كما بينا[1].

---

(١) وإذا كان سفل الدار لشريكين فيه، ولأحدهما علوها شركة بينه وبين شخص ثالث، فباع الشريك فى السفل والعلو جميعا مايملك فيهما كان لشريكه فى السفل حق أخذه بالشفعة وحده، وكان لشريكه فى العلو حق أخذه بالشفعة وحده؛ لأن الشريك فى السفل شريك فى نفس السفل وجار للعلو. والشريك فى العلو شريك أيضا فى نفس العلو وجار للسفل، فيتقدم كل منهما فيما هو شريك فيه على الآخر؛ لأن الشريك فى نفس المشفوع فيه أولى من الشريك فى حقه الخاص، وأولى من جاره، ولو كانت الدار مكونة من ثلاث طبقات وهى بين ثلاثة أشخاص لكل منهم طبقة منها، فباع صاحب الطبقة السفلى طبقته كان حق الشفعة للأوسط فقط لجواره، إلا أن يكون هو وصاحب الطبقة العليا شريكين فى طريقها الخاص، وإذا باع صاحب الوسطى طبقته كان حق الشفعة للآخرين لمجاورتيهما لها، وإذا باع صاحب العليا طبقته كان حق الشفعة للأوسط فقط،، إلا أن يكون شريكا مع الأسفل فى الطريق الخاص، وكذلك يشاركهم جيرانهم الدار متى كانوا ملاصقين، لأن الاستحقاق بالجوار. فإذا كان المبيع بعض علو الدار فإن حق الشفعة يثبت لجار الجانب الذى بيع علوه لملاصقته، دون جار الجانب الآخر من الدار.

وإنما يثبت لصاحب العلو حق أخذ السفل بالشفعة عند بيعه، وإذا كان بناؤه قائما اتفاقا، فإذا انهدم بناؤه، فباع صاحب السفل سفله قبل أن يجدد صاحب العلو علوه لم يكن له حق الشفعة؛ لأنه يأخذ بالجوار، وقد زال بزوال البناء، وهذا رأى أبى يوسف، وذهب محمد إلى أن حق الشفعة يثبت له فى هذه الحال أيضا، لأنه لم يستحق الشفعة بسبب البناء، بل بحق القرار، وهو باق بعد انعدام العلو، وهذا أرجح القولين[1].

ملك الشفيع لما يشفع به :

الثانى ـ أن يكون مملوكا للشفيع وقت العقد [2] وأن يستمر ذلك إلى أن يتملك الشفيع العقار المشفوع فيه، فإذا بيع عقار كان حق أخذه بالشفعة لمن يملك الأرض الملاصقة له وقت عقد البيع بشرط أن تستمر ملكيته لها إلى أن يتملك العقار المبيع، فإن باعها لآخر قبل أن يتملك العقار المبيع سقط حقه فى الشفعة لعدم بقاء ملكيته إلى وقت التملك بها، ولم يكن لمن اشتراها حق أخذ العقار المبيع بالشفعة أيضا؛ لأنه لم يكن مالكا لهذه الأرض وقت بيعه.

لا شفعة بالوقف :

وبناء على ذلك لايثبت بالعقار الموقوف حق الأخذ بالشفعة إذا مابيع مايلاصقه من الأراضى، لا لناظره، ولا للمستحقين فيه، لعدم ملكهم [3]؛ ذلك لأن شرع هذا الحق إنما كان لدفع الضرر الدائم، ويد الناظر ليست دائمة، إذ قد يعزل. والمستحق إن كان منتفعا بنفسه شبيه بالمستأجر،ومع ذلك قد تؤجر العين لغيره فلا يدوم انتفاعه.

---

(١) راجع الفتاوى الهندية ج٥ ص١٦٤.

(٢) يرى الشافعية صلاحية المسجد وأمثاله كالمستشفى ـ لأن يتملك، فلو تملك حصة فى عقار بشراء أو هبة لتصرف فى عمارته فباع الشريك حصته، فللقيم على المسجد أن يأخذ بالشفعة إذا رأى أن ذلك من مصلحته كما يثبت كذلك للإمام الأخذ بالشفعة باعتباره قيما على بيت المال، إذا كان لبيت المال حصة شائعة فى عقار، وباع شريكه فيه حصته. راجع الروض ج٢ ص٣٦٥.

(٣) وقال مالك: من حبس حصة من دار على رجل وولده لاتباع ولا توهب فباع شريكه الذى لم يحبس نصيبه منها، فأراد المحبس أخذه بالشفعة فليس له ذلك؛ لأنه ليس له أصل يأخذ به، إلا إن أراد أخذه ليلحقه بالجزء المحبس فى تحبيسه، فله ذلك، وإن أراد المحبس عليهم أخذه فليس ذلك لهم؛ لأنهم لا أصل لهم وقال ابن حبيب وابن الماجشون وأصبغ: إن أراد المحبس عليهم أخذه لإلحاقه بالمحبس فلهم أخذه بالشفعة، لأن المحبس هو الشريك وعلى هذا بنى بعض المالكية رأيه، فقال: إن ناظر الوقف لو أراد أخذه لذلك جاز، ولكنه خلاف الأصح. راجع منح الجليل ج٣ ص٥٨٤.

دوام ملك الشفيع إلى الأخذ :

ويجب أن يستمر ملك الشفيع للمشفوع به - كما قدمنا - إلى وقت الأخذ بالشفعة، فإذا زال بسبب من الأسباب قبل الأخذ سقط حق الشفعة.

ومما يتفرع أيضا على هذا: أن الشفيع إذا ماتوفى بعد البيع وقبل أن يتملك المشفوع فيه سقط حقه فى أخذه بالشفعة، سواء أطلب أخذه أم لم يطلب، لزوال ملكه قبل الأخذ ثم لم يكن لوارثه هذا الحق أيضا بصفة أصلية؛ لأنه لم يكن مالكا للعقار المشفوع به وقت عقد البيع، وإنما كان المال لمورثه.

وراثة حق الشفعة :

وكذلك لاينتقل إليه هذا الحق بالوراثة؛ لأن حق الشفعة لايورث عند الحنفية، إذ هو إرادة ومشيئة، والوارث لايرث مورثه فى رغباته، لأنها صفات شخصية.

وذهب الشافعى ومالك إلى أن حق الشفعة يورث، فيحل الوارث محل مورثه؛ لأنه حق متعلق بالمال، وقد ثبت لصاحبه بسبب مايملك من عقار، فإذا انتقل ذلك العقار إلى الوارث انتقل إليه بحقوقه.

وذهب أحمد إلى أنه يورث إذا ماتقرر بالمطالبة، لتأكده وتحققه حينئذ. أما قبل المطالبة به فلا يورث.

وعليه: إذا توفى الشفيع بعد البيع وقبل الأخذ بالشفعة لم يكن لوارثه حق الأخذ بها عند أبى حنيفة، وكان له ذلك عند الشافعى ومالك.

وأما عند أحمد: فإن توفى بعد المطالبة بها كان لوارثه حق الأخذ بها، وإن توفى قبل المطالبة بها لم يكن له هذا الحق[1].

---

(١) هذا مبنى على القول بأن الشفيع لايتملك المشفوع فيه بالمطالبة، هو أحد قولين للحنابلة. أما على القول الذى اقتصر عليه صاحب الكشاف، وهو أن الشفيع يتملك المشفوع به بمجرد طلبه، فإن الوارث حينئذ لايرث حقا وإنما يرث عقارا. وعلى هذا القول لايورث حق الشفعة. «كشاف ج٢ ص٣٨٠، ٣٩٠».

طريق الوصول إلى الأخذ بالشفعة

طلب الشفعة

لايتملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا إذا طلب أخذه بالشفعة، ولايكون طلبه مؤديا إلى ذلك إلا إذا تحقق فيه أمران:

طلب المشفوع فيه جميعه: أحدهما: أن يعم العقار المبيع جميعه، سواء أكان حق الشفعة لواحد أم لأكثر، وسواء أكان الشفعاء فى مرتبة واحدة أم من مراتب مختلفة، وسواء أصدر الطلب من شفيع واحد أم من كثير منهم، فإذا بيع عقار مشترك وله حقوق خاصة مشتركة وله جيران متعددون، فلكى يتمكن كل منهم من أن يتملكه بحق الشفعة إذا ما أصبح له حق الأولوية فى الأخذ بالشفعة، يلزم أن يطلب كل منهم أخذه جميعه بالشفعة عند علمه بالبيع.

طلب بعضه: فإذا طلب أحد الشركاء فيه أن يأخذ مايخصه منه فقط، ولم يطلب بقيمته اعتمادا على أنها حق لغيره من الشركاء. لم يكن لهذا الطلب اعتبار، وسقط به حقه فى الشفعة عند محمد ـ رحمه الله تعالى ـ إلا أن يكون ذلك مسبوقا بطلب الكل.

وقال أبو يوسف: لايسقط بذلك حق الشفيع؛ لأن حقه فى أخذ كل المبيع ثابت فلا يسقط إلا بمسقط له ولم يوجد، فيبقى حقه كما كان، فإن شاء عاد فطلب الكل، وإن شاء ترك.

ووجه قول محمد : إنه بطلبه بعض العقار أبطل حقه فى بعضه الآخر، لتركه المطالبة به مع القدرة عليها، والشفعة حق شرع غير قابل للتجزئة، حتى لايضار المشترى، فيسقط بذلك حقه، أضف إلى هذا أن شريكه فى الشفعة قد يترك حقه فيها فى هذه الصورة ، فتبقى حصته للمشترى إذا رضى بتجزئة الصفقة، وعند ذلك يصير شريكا لذلك الشفيع الذى طلب البعض، واحتمال تحقق ذلك مع عدم قيام هذا الشفيع بما يمنع شركته مع المشترى فى هذا الحال دليل رضاه بمشاركته، فيسقط لذلك حقه فى الشفعة؛ لأنها ماشرعت إلا لدفع ضرر الشركة فى الجوار وقد رضى بأن يكون شريكا له وذلك فوق الجوار. وعلى

ذلك لو كان للعقار المبيع شفيعان فقط، فطلب كل منهما نصفه سقط حق كل منهما، وإذا طلب أحدهما نصفه وطلب الآخر جميعه سقط حق من طلب النصف وأعطى الآخر جميعه إن أراد، وإلا ترك، حتى لاتتجزأ الصفقة على المشترى، ولو أن الشفيع طلب أخذ العقار كله كان له أن يأخذ بعضه ليكون باقيه للمشترى إذا ما اتفق معه على ذلك، ما لم يكن هناك شفيع آخر أدنى مرتبة. وقد طالب بحقه فى الشفعة فإنه يقدم على المشترى فيما ترك الشفيع الأول الذى له من المبيع، إذا ما أراد أخذه(١)

---

(١) هذا إذا لم يتعدد كل من البائع والمشترى والمبيع والعقد، أما عند التعدد فالحكم كما يأتى:

(أ) إذا تعدد العقد فبيعت دار أو حصة شائعة فيها على عدة صفقات، كان لشفيعها أن يأخذ جميع مابيع فى هذه الصفقات كليها، وأن يقتصر على مابيع فى إحداها أو يضم إليه غيره من مبيعات الصفقات الأخرى. إذ يثبت له الحق فى أخذ كل مبيع استقلالا عند بيعه، سواء فى ذلك أتعدد كل من المشترى والبائع أم لا، لا خلاف فى ذلك نعلمه.

(ب) إذا لم يتعدد العقد فكانت الصفقة واحدة، فإن تعدد فيها المشترى كان للشفيع أن يأخذ كل المبيع وان يقتصر على حصة أى مشتر منه، وأن يضم إليها حصة غيره ويترك سائر الحصص؛ ذلك لأن كل حصة مبيع مستقل بالنسبة لمشتريها فلا تتجزأ الصفقة بالنسبة له، وقد يرضى الشفيع بمشاركة أحدهم فلا يطلب حصته ولا يرضى بمشاركة الآخرين فيطلب حصصهم، وإن كان المشترى فيها واحدا لزم الشفيع ان يأخذ كل المبيع أو يترك حتى لاتتجزأ الصفقة عليه، سواء فى ذلك أكان بائعه واحدا أم كان أكثر من واحد.

وقد جاء فى المبسوط «ج١٤ ص١٠٤» أن العبرة فى التعدد وعدمه بمن باشر العقد. فإذا اشترى عن عدة أشخاص وكيل واحد عنهم اعتبر المشترى واحدا بالنظر إلى الوكيل، وكان على الشفيع أن يأخذ كل المبيع أو يترك؛ لأن الوكيل فى الشراء يشترى لنفسه أولا، وإن كان الملك يثبت لموكليه ابتداء.

وذهب الشافعى وأحمد إلى أنه لافرق بين تعدد المشترى وتعدد البائع، فللشفيع فى الحالين أن يأخذ جميع ما بيع، وأن يقتصر على حصة أى بائع أو أى مشتر، وأن يضم إليها غيرها من الحصص؛ وذلك لأن العقد عندهما يتعدد بتعدد كل من البائع والمشترى. راجع الروض «ج٥ ص٣٧٦» والكشاف «ج٢ ص٣٨٥» وقد روى هذا عن أبى حنيفة إذا كان الأخذ بالشفعة قبل التسليم إلى المشترى؛ لأن المبيع حينئذ مجزأ بتعدد العقد وتوحده، ولاعبرة بتعدد العاقدين أو الحصص، فإن تعدد العقد تعدد حق الشفعة، وإلا لم يتعدد، سواء أتعدد البائع أو المشترى أو المبيع أم لا على الأصح، راجع منح الجليل «ج٧ ص٦٠ ٧».

وإذا كان المشترى واحدا وتعدد المبيع بأن اشترى شخص دارين بعقد واحد، فإن كان الشفيع شفيعا فيهما جميعا لم يكن له إلا أن يأخذ الدارين جميعا أو يتركهما جميعا، وليس له أخذ إحداهما وترك الأخرى عند أئمتنا الثلاثة، حتى لاتتجزأ الصفقة على مشتريها، وقد يكون المشترى راغبا عن إحدى الدارين ولم يشترها إلا لأجل الثانية فلا يصح أن يلحقه فى ذلك ضرر بأخذها، وذهب زفر إلى أنه يجوز للشفيع أن يأخذ إحدى الدارين فقط؛ لأن المانع من تجزئة المبيع إنما هو ضرر الشركة، ولا شركة عند تعدده والاقتصار على بعضه المفرز الممتاز عن غيره، لافرق فى ذلك بين أن تكون الداران متلاصقتين، فى بلد واحد أم فى بلدين متباعدين. وإلى هذا ذهب الشافعى وأحمد أيضا إذا كان المبيع حصة من دارين؛ لأن الأخذ بالشفعة حينئذ على هذا الوجه لايفضى إلى تبعيض الشقص الواحد، راجع الروض والكشاف فى الموضع السابق فقط، وإن كان الشفيع شفيعا فى إحداهما لم يأخذ إلا ماهو شفيع فيها فقط، دون الأخرى على الأصح. راجع رد المحتار فى آخر الشفعة والمبسوط «ج١٤ ص١٥٩».

تنازل بعض الشفعاء عن حقه: ولو أراد شفيع أن يتنازل عن حقه لبعض الشفعاء لم يكن له ذلك، ، لم يملك شيئا، ولو فعل كانت حصته بين جميع الشفعاء، ولا يختص بها من تنوزل له منهم.

ثانيهما: أن يكون الطلب على الوجه الآتى: وذلك أن يطلب الشفيع الشفعة فى مجلس علمه بالبيع والمبيع والثمن والمشترى سواء أعلم بذلك عقب العقد مباشرة أم بعده بسنين.

ويتحقق العلم بأى طريق يغلب به على ظنه صدق الخبر. فإذا وصله بطريق لا يفيد ذلك عادة فلم يصدق ولم يطلب الشفعة لذلك لم يسقط حقه.

وإذا علم الشفيع بالبيع والثمن، ولم يعلم بالمشترى بأن لم يذكر اسمه، أو ذكر اسم شخص آخر، فلم يطلب الأخذ بالشفعة، ثم علم بعد بالمشترى حقيقة كان له حق الطلب عند العلم.

وكذلك إذا علم بالبيع وبالمشترى ولم يذكر له الثمن، أو ذكر له ثمن يزيد فى الواقع عن الثمن الذى تم به العقد، فلم يطلب الأخذ بالشفعة فإن له حق طلبها بعد ذلك عندما يعلم بالثمن الذى تم به العقد، ولكن إذا ذكر له ثمن أقل من الثمن الذى تم به العقد فلم يطلب الأخذ بالشفعة فإنه يسقط حقه فيها، ولم يكن له حق الطلب بها بعد ذلك إذا علم بالثمن الذى تم به العقد، لأن رغبته عنها عند قلة الثمن تستلزم رغبته عنها عند زيادته، بخلاف ما إذا رغب عنها عند زيادة الثمن ، لأن عدوله عنها فى هذه الحال قد يكون لما يراه من غبن فى العقد بسبب التفاوت الفاحش بين الثمن وقيمة المبيع، فإذا ظهر بعد ذلك أن الثمن أقل ولا غبن فيه كان له أن يطلب الشفعة عند العلم بالثمن الحقيقى، ولهذا إذا علم بالثمن الذى تم به العقد فرغب عن الشفعة، ثم علم بعد ذلك أن البائع قد حط بعض الثمن عن المشترى فإن له عند العلم بهذا أن يطلب الأخذ بالشفعة، ومثله ما إذا علم أن البائع زاد المشترى متاعا إضافة إلى المبيع بعد أن رغب عن الشفعة؛ لأن ذلك فى معنى الحط من الثمن، وكذلك إذا علم بأن المبيع بعض دار فلان فرغب عن الشفعة، ثم علم بأنه جميع الدار كان له حق الطلب عند ذلك؛ لأن الإعراض عن الجزء قد يكون لعدم وفائه بحاجاته. وإذا كان العكس لم يكن له حق الطلب

عند بعض الحنفية؛ لأن الإعراض عن الكل إعراض عن أجزائه، وهذا ظاهر الرواية، وقيل: يكون له حق الطلب؛ لأن الإعراض عن الكل قد يكون لعجزه عن ثمنه، ولعل ماجاء فى ظاهر الرواية مبنى على اتحاد الثمن فى الحالين، وإذًا يكون الحكم ظاهر الوجه. راجع المبسوط. »

وعلى ذلك إذا علم الشفيع ببيع العقار وبمقدار ثمنه وبمن اشتراه، فلم يأذن لهذا الخبر وأعرض عنه مشتغلا بغيره سقط حقه فى الشفعة، لتغير المجلس بإعراضه واشتغاله بعمل آخر، ولكن إذا سمع الخبر فلم يعرض عنه وأخذ يفكر ويتروى ووازن بين العقار وثمنه، ثم طلب بعد ذلك فى مجلسه أن يأخذ بالشفعة بقى له حق فيها، فإن قام من مجلسه دون أن يطلب سقط حقه، إذ لايمتد وقت الطلب إلى مابعد المجلس؛ لأن حق الشفعة حق ضعيف، فتجب المبادرة إليه، لقوله عليه السلام: «الشفعة لمن واثبها» أى أسرع إلى طلبها، **ولذلك سمى هذا الطلب بطلب المواثبة، وهذا هو الرأى الأصح.** وهناك رأى آخر، هو أن الشفيع يلزمه لكى يحافظ على حقه فى الشفعة أن يطلبها فور علمه بما ذكرنا، فإن لم يفعل ذلك بلا عذر سقط حقه فيها، وهذا ظاهر الرواية [1]. وينبغى أن يشهد على هذا الطلب إذا استطاع لكى تكون له حجة على إثباته عند جحوده.

---

(١) اختلفت آراء الفقهاء الإسلاميين فى مقدار المدة التى يكون للشفيع فيها حق المطالبة بالشفعة بعد علمه بالعقد والمبيع والثمن والمشترى. حتى إذا مضت دون طلب منه سقط حقه فى الشفعة.

فذهب الحنفية إلى ان هذا الحق يستمر له طيلة مجلس علمه مادام لم يصدر منه مايدل على الإعراض. وهذه رواية الكرخى. ومنهم من ذهب إلى وجوب المبادرة بالطلب عقب العلم، وهذا ماذكره ابن رستم عن محمد، وذكر هشام فى ذلك ان السكوت مدة قصيرة وكذا قول الشفيع سبحانه او الله أكبر أو خلصنى الله من فلان، وكذا سؤاله عما يتصل بالعقد، كل ذلك لاينافى المبادرة ولاتبطل الشفعة إذا ماحدث بعد العلم قبل الطلب، ومذهب الشافعى وأحمد قريب من ذلك.

وذهب الثورى إلى أنها تقدر بيوم، فإذا ما مضى يوم بعد العلم سقط الحق إذا لم يطلب». وذهب ابن أبى ليلى إلى أنها تقدر بثلاثة أيام، فإن مضت بعد العلم بلا طلب سقط الحق، وذهب المالكية إلى أنها تقدر بالنسبة إلى من حضر العقد بشهرين، سواء اشهد على وثيقة العقد أم لم يشهد، فإن علم ولم يحضر العقد كانت المدة سنة، ويرى ابن رشد من المالكية ان سقوط الحق بمضى شهرين بلا طلب مشروط بان يكون الشفيع قد كتب شهادته على وثيقة العقد، أما من لم يكتب شهادته فالمدة بالنسبة إليه سنة. وهذا كله إذا كان الشفيع حاضرا ببلد العقد، فإن كان غائبا لم يسقط حقه وإن طالت غيبته، سواء أكان عالما بالعقد أم غير عالم، إلا ان تطول غيبته إلى درجة يجهل فيها أصل البيع أو تموت فيها شهوده، وهذا لايمنع ان يطالب الشفيع بأن يسارع إلى الأخذ أو يترك منعا للضرر عن المشترى، ويجبره الحاكم على ذلك. فإن أخذ ولم يحضر الثمن أمهل لذلك ثلاثة أيام، فإن ادى الثمن فيها وإلا سقط حقه فى الشفعة. راجع المنح« ج٣ص٥٩٨».

وجاء فى قانون الشفعة أن الشفيع إذا علم بالبيع والمشترى والثمن وباقى شروط العقد، فسكت بعد ذلك =

طلب التقرير، وقته ومكانه: إذا انتهى الشفيع من هذا الطلب لزمه كذلك للمحافظة على حقه فى الشفعة أن يعود إلى طلبها مرة أخرى عند العقار المبيع أو عند المشترى أو عند البائع إذا كان العقار لايزال فى يده، وبهذا الطلب يتقرر حقه فى الشفعة ويقوى، **ويسمى هذا الطلب: بطلب التقرير أو طلب الإشهاد**؛ لأن بعض الفقهاء يشترط الإشهاد عليه عند حصوله، وإن كان كثير منهم لايشترط ولكن يستحسنه، حتى يكون للشفيع بينة عند إنكاره، وذلك مانص عليه قاضيخان (1) والكاسانى.

مكانه: وقد جعل هذا الطلب عند المبيع لأن الحق متعلق به، وجاز أن يكون عند المشترى لأن المبيع سيؤخذ منه، فكان الخصم فى هذا النزاع، ولذا جاز أيضا أن يكون عند البائع إذا كان المبيع لايزال فى يده؛ لأنه مطالب بالتسليم إلى الشفيع حينئذ، فكان له دخل فى الخصومة بسبب يده.

وقته: ولكى يكون هذا الطلب معتبرا يلزم ألا يتجاوز به الشفيع مدة تمكنه منه وإن لم يطلب سقط حقه، ولا يفيده أن يطلبه عند أحد هؤلاء الثلاثة مع الإشهاد عليه، فإذا تمكن منه ولم يطلب سقط حقه، ولايفيده أن يطلبه عند أحدهم بعد ذلك، وبناء على هذا: إذا كان أحد هؤلاء الثلاثة فى بلد غير بلده وباقيهم فى بلده، فانتقل إلى ذلك البلد ليطلب فيه سقطت شفعته، لاستطاعته أن يطلب فى بلده، فإذا كانوا جميعا فى بلد واحد أشهد عند أحدهم، ولا يضيره أن يكون بعيدا عن الباقى، لاعتبارات تدعو إلى التسامح فى مثل ذلك.

قيام طلب التقرير مقام طلب المواثبة: وإذا علم الشفيع بالعقد والثمن والمشترى عند أحد هؤلاء فطلب أمامه أغنى ذلك الطلب عن تكراره واعتبر طلب مواثبة؛ لأنه أول طلب، وطلب تقرير؛ لأنه حصل أمام أحد هؤلاء الثلاثة. وكيفية الطلب الأول: أن يصدر منه مايدل على رغبته فى الأخذ بالشفعة، كأن يقول: إنى أطلب الشفعة، أو: لا أترك حقى فيها أو نحوه. وكيفية الطلب الثانى:

= خمسة عشر يوما سقطت شفعته، والإخطار الرسمى غير لازم، فيجوز الإعلام مشافهة أمام شهود، أو مراسلة بخطاب مسجل . ولذا يجب على الشفيع أن يطلب على يد محضر يعرض فيه الثمن وملحقاته، وعليه بعد ذلك أن يرفع الدعوى بالشفعة فى ظرف ثلاثين يوما من ذلك وإلا سقط حقه.

(1) هو الحسن بن منصور الأوزجندى الفرغانى صاحب «الفتاوى المشهورة» و«الواقعات» و«الأمالى» و«المحاضر» و«شرح الزيادات» وغيرها وتوفى سنة ٥٩٢.

أن يقول : علمت أن فلانا باع كذا لفلان ولى حق أخذه بالشفعة، وقد طلبته عند العلم وأطلبه الآن.

فإذا تم طلب التقرير عند المشترى فلم يعارض، أوعلم المشترى بما كان من طلبى الشفيع فلم يعارض كذلك، أو كان الشفيع عند المشترى، فعلم بأنه قد اشترى المبيع بكذا فى حضرته فطلب المبيع منه فلم يعارض، وسلمه المبيع. فقد تمت الشفعة وتملك الشفيع المبيع بذلك.

طلب الخصومة: وإن عارض المشترى فى ذلك احتاج الشفيع فى تملكه للعقار المبيع وتسلمه إلى قضاء القاضى. وهذا القضاء لابد أن يكون مسبوقا بطلب يقوم به الشفيع عند القاضى فى ضمن دعوى يدعيها على المشترى. وعليه أن يدخل البائع خصما فيها إذا كان العقار لايزال فى يده ليطلب الحكم عليه بالتسليم إليه، فيدعى أن فلانا يملك عقارا بجهة كذا «ويبينه» وأنه باعه فلانا بثمن هو كذا «ويبينه» وأنه شفيعه بسبب هو كذا «ويبينه» وأنه طلب أخذه بالشفعة حين علم، ثم بادر إلى طلبه مرة أخرى عند العقار مثلا أو عند المدعى عليه، وأن المدعى عليه يعارضه فى ذلك ويأبى أن يسلم إليه هذا العقار بحق الشفعة بلا حق بعد مطالبته بذلك، وأنه يطلب الحكم بثبوت حقه فى أخذه بالشفعة وأن يسلمه إليه، فإذا ادعى الشفيع هذه الدعوى وثبتت بإقرار المدعى عليه، أو بما قدمه الشفيع من الأدلة، حكم له القاضى بما طلب، وتملك العقار المبيع من وقت الحكم.

خصومة المشترى ووكيله: ويجوز أن ترفع هذه الدعوى على وكيل المشترى إذا تسلم العقار من البائع ولم يسلمه إلى موكله، كما ترفع على المشترى نفسه، وذلك لأن الوكيل بالشراء ترجع إليه حقوق العقد عند الحنفية، كما سيأتى، وحق الشفعة منها، وروى عن أبى يوسف أنه لايصلح خصما فى هذه الدعوى، بناء على أن الشفعة ليست من حقوق العقد ولكنها أثر لحكمه، وهو الملك الذى يثبت للمشترى بالعقد.

وقت الدعوى: وهذه الدعوى هى مايسميه الفقهاء **بطلب التملك أو طلب الخصومة** وذهب الشيخان رحمهما الله تعالى إلى أن حق الشفعة يتقرر بالطلبين السابقين، طلب المواثبة وطلب التقرير، وإذا تقرر لم يسقط إلا

بالإسقاط، كبقية الحقوق الثابتة، فلا يضير تأخير الدعوى سنين عديدة، وروى عن أبي يوسف أنه لايجوز للشفيع أن يؤخر الدعوى عن أى مجلس من مجالس القاضى يمكنه أن يرفعها إليه فيه، فإذا مامضى مجلس كان فى إمكانه أن يرفع الدعوى فيه إلى القاضى فلم يفعل سقط حقه؛ لأن جواز تأخير الادعاء إلى غير أمد ضار بالمشترى، والضرر يجب رفعه، وقال محمد وزفر: إذا مضى شهر بعد طلب التقرير ولم يدع من غير عذر بطلت شفعته، وروى هذا عن أبى يوسف أيضا، ولأبى حنيفة أن الشفيع إذا كان غائبا ولم يعلم بالبيع لايسقط حقه فى الأخذ بالشفعة وإن طالت غيبته، والضرر الناتج من تأخير المطالبة بالشفعة فى هذه الحال فوق الضرر الناتج من تأخير الدعوى فى حالتنا. إذ يمكن فيها مراجعة الشفيع والتفاهم معه على المطالبة سريعا أو الترك، بل ومن الممكن أيضا رفع هذا الضرر، بأن يرفع المشترى الأمر إلى القاضى لكى يأمر الشفيع بالأخذ، وإلا اعتبر سكوته إعراضا عنها فيسقط حقه، وإذا كان هذا الضرر فى حال الغيبة محتملا باتفاق وهو أعظم فأولى أن يحتمل ماقد يتوقع فى حالتنا هذه من الضرر وهو أدنى، وخاصة بعد أن تبين إمكان دفعه.

قيام الوكيل والولى مقام الشفيع فى الطلب: ويقوم بطلب الشفعة على الوجه المبين الشفيع أو وكيله، إن كان أهلا للخصومة والمطالبة، فإن لم يكن أهلا لذلك بأن يكون صغيرا أو مجنونا أو سفيها قام وليه فى ذلك مقامه، فإذا لم يطلب ثم بلغ الصبى أو عقل المجنون أو زال الحجر للسفه لم يكن له حق الشفعة، لسقوطها بعمل الولى؛ لأنه يعمل لموليه، والظاهر من تركه المطالبة بالشفعة أنه رأى أن مصلحتهم فى ذلك، وبناء على هذا إذا لم يكن لهؤلاء ولى يبقى حقهم فى الشفعة إلى أن يصيروا أهلا للطلب فيطالبوا بها على الوجه المبين[1]، وعن محمد أن البيع إذا كان بمثل القيمة أو بأقل فأهمل الولى المطالبة لم يسقط حق المولى عليه بذلك، لأن عمل الولى منوط بالمصلحة، ولا مصلحة فى هذا الإهمال فلا يؤاخذ به المولى عليه.

---

(١) ذهب بعض الحنابلة إلى أنه على الولى أن يأخذ بالشفعة إن كان فيها حظ لموليه، فإن لم يكن فيها حظ له لم يصح أن يأخذ له. ولو كان له فيها حظ فعفى عنها لم يصح إسقاطه؛ ولذا كان له الأخذ بعد بالإسقاط. كشاف «ج٢ص٣٨٢».

وقد يقال: قد تكون مصلحة المولى عليه فى ترك الشفعة فى هذه الحال أيضا لأسباب منها عدم وجود الثمن أو عدم حاجته إلى المبيع، فلا يكون ترك الولى الشفعة إضرارا به.

القضاء بالشفعة لايتوقف على إحضار الثمن: ولايشترط لأن يقضى القاضى للشفيع بالمشفوع فيه إحضاره الثمن، على ماجاء فى ظاهر الرواية، وإنما يصير بالقضاء دينا فى ذمته للمشترى إن كان قد تسلم المبيع، أو للبائع إن كان المبيع لايزال فى يده، وعندئذ يستوفى كما يستوفى غيره من الديون، ولمن فى يده المبيع حينئذ أن يحبسه عنه حتى يستوفى ثمنه ولاتنقض الشفعة، وروى عن محمد أن القاضى لايقضى للشفيع إلا بعد أن يحضر الثمن، وهذه رواية الحسن عن أبى حنيفة دفعا للضرر عن البائع أو عن المشترى، إذ قد يكون الشفيع مفلسا ولايجوز أن يرفع ضرر عن الشفيع بإثبات ضرر لأحدهما، ويرى الكاسانى أن لا خلاف لمحمد فى جواز القضاء قبل إحضار الثمن، وإنما يستحسن للقاضى ألا يقضى إلا بعد إحضاره، ولو أنه طالب الشفيع بإحضار الثمن قبل القضاء فضرب لذلك موعدا ثم لم يحضره فيه بطلت شفعته عنده، خلافا لأبى حنيفة. أما بعد القضاء بها فلا تبطل شفعته إذا ماطلب منه الثمن فلم يحضره، ولو كان ضرب لذلك موعدا.

غيبة بعض الشفعاء: لا يسقط حق الشفيع بغيبته متى قام بالمطالبة بالشفعة على الوجه الذى بيناه.

وبناء على ذلك: إذا كان بعض الشفعاء حاضرا وبعضهم غائبا فإن ترك الحاضرون طلبها فى حينه سقط حقهم فيها، وإن طلبوا الأخذ بها فاقتصروا فى طلبهم على مقدار مايخصهم من المبيع، بأن كان الشفعاء أربعة شركاء مثلا، وكان أحدهم غائبا فطلب الحاضرون ثلاثة أرباع المبيع استبقاء لحصة الغائب - لم يقبل ذلك منهم، وكان الحكم مابيناه من قبل. وإن طلب كل منهم أخذ المبيع جميعه أعطوه كله فقسم بينهم مثالثة، ولاينتظر الغائب، ذلك لأنهم - كما قدمنا - يستحقون المبيع جميعه، وما قسم عليهم بعدد رءوسهم إلا لأجل مزاحمتهم بعضهم البعض مع عدم المرجح، ولا مزاحمة للغائب، لأنه لايعلم أطلب الشفعة فعلا أم لم يطلب

لعدم علمه بالبيع، وإذا علم به بعد ذلك أيطلبها أم يرغب عنها؟ لذلك يكون استحقاقه الأخذ بها مشكوكا فيه، واستحقاق غيره مقطوعا به، لوجود الطلب منه، ولايزاحم الشك اليقين.

عند اختلاف الشفعاء فى المرتبة:

وبناء على ذلك إذا حضر الغائب طالبا الأخذ بالشفعة مستحقا له لتوافر شروط استحقاقه، فإن كان فى مرتبة أقل من مرتبة الحاضر، فإن الحاضر يمنعه مادام متمسكا بحقه فى الشفعة لأنه أولى منه، وذلك كأن يكون الشفيع الغائب جارا والحاضر شريكا، فالشريك يمنع الجار إذا حضر طالبا الأخذ بالشفعة؛ لأنه أولى منه حاضرا كان أو غائبا، مادام متمسكا بحقه فى الشفعة.

ولكن قد يرغب الشريك الحاضر عن الشفعة فيكون لذلك حالتان:

الأولى - أن يرغب عن المشفوع فيه بعد القضاء له به. وفى هذه الحال لايملك أن يتركه إلا بخيار رؤية أو بخيار عيب إذا كان ذلك له. فإذا تركه لمن تسلمه منه - من بائع أو مشتر بخيار رؤية [1] «سواء أكان ذلك بعد قبضه أم قبله» أو بخيار عيب قبل أن يتسلمه أو بعد تسلمه، ولكن الترك كان بواسطة القضاء - فى هذه الأحوال - لايكون للشفيع الغائب إذا حضر طالبا الأخذ بالشفعة حق فيه، لبطلان شفعته؛ وذلك بسبب قضاء القاضى بالمشفوع فيه للحاضر [2] والقضاء له بها يتضمن إبطاله حقه فى الشفعة.

---

(١) الرد بخيار الرؤية - كما سيأتى - لايتوقف على القضاء، ويعتبر فسخا لعقد البيع فى جميع أحواله. فلا يتأتى اعتباره مبادلة يترتب عليها للشفيع الغائب حق الشفعة إذا ما أراد أن يعتبره أساسا لمطالبته بها، وبناء على ذلك فليس للشفيع الغائب حق الشفعة إذا ما أراد الشفعة إلا أن يطلب بناء على عقد البيع السابق على الرد، وهو الذى أخذ به المشترى الحاضر المبيع، فإذا ماأخذه بقضاء فرده بخيار الرؤية لم يكن للشفيع الغائب بعد حضوره حق فى أخذه بالشفعة لبطلان حقه فيها بالقضاء بها للحاضر، وإذا ما أخذه بالرضا ثم رده بخيار الرؤية كان للشفيع الغائب إذا حضر أن يأخذه بالشفعة؛ لأن حقه لم يبطله القضاء، والرد بخيار الرؤية لايؤثر فى حق الشفيع بدليل أنه لا يؤثر فيه إذا ما رد المشترى العقار المبيع بخيار الرؤية، فإن للشفيع حينئذ أخذه بالشفعة.

هذا وليس من البعيد أن يقال: لم يبطل حق الشفيع الغائب بالقضاء، وقد يكون القضاء للحاضر قضاء بأن لا حق للغائب مادام الحاضر متمسكا بحقه وملكه فإذا فسخه ظهر حق الغائب.

(٢) يتملك الشفيع المبيع بتسلمه عند الرضا بالشفعة أو بالقضاء بها له عند إبائها، فإذا دخل المبيع فى ملك الشفيع الحاضر بإحدى الوسيلتين، فلا يملك أن يخرجه من ملكه بمجرد إبداء رغبته فى أنه قد عدل عن =

أما إذا تركه بعد قبضه بخيار عيب عن تراض فيكون للشفيع الغائب عند حضوره أن يأخذه بالشفعة، لا بناء على ماحصل من بيع فى غيبته، ولكن لأن رده فى هذه الحال إلى من أخذ منه - من بائع أو مشتر - يعتبر مبادلة فتكون سببا جديدا يستحق به الغائب الأخذ بالشفعة.

الحال الثانية: أن يرغب الشفيع الحاضر عن المشفوع فيه، قبل أن يقضى له به، وفى هذه الحال إذا رغب عنه قبل تسلمه سقط بذلك حقه فى الشفعة، وكان للغائب عند حضوره أن يأخذه بها؛ لأن الحاضر أسقط حقه فى الشفعة قبل أن يتملك، وهو حق يقبل الإسقاط. وإن كانت رغبته عنه بعد تسلمه لم يكن لها من أثر؛ لأنها جاءت بعد ثبوت ملكه والملك لايقبل الإسقاط، فإذا حضر الغائب

= الشفعة، ولا يملك إخراجه عن ملكه إلا بسبب ناقل للملكية، أو بسبب فاسخ لعقد تملكه. وعلى ذلك إذا حضر الغائب عندئذ فقال الحاضر لا رغبة لى فى المبيع فلا يترتب على قوله هذا أى أثر، سواء أكان قد ملكه بالرضا أم بالقضاء ولا وسيلة له إلا أن يبيع للغائب المبيع أو يملكه إياه بأى عقد إذا أراد. ولكن إذا ماوجد الشفيع بالمبيع عيبا فرده على من تسلمه منه من بائع أو مشتر بسبب ذلك العيب فإن لذلك حالتين:

الأولى: أن يكون الرد بالعيب بعد أن يكون الشفيع قد تملك المبيع بالقضاء على كل من البائع والمشترى بالشفعة. وفى هذه الحال قال الفقهاء: إن هذا القضاء يعتبر قضاء ضمنا بأن لا حق للغائب فى هذا المبيع؛ لأن الشفيع الحاضر اولى منه، فيقطع حق الغائب فى هذا المبيع نهائيا بالقضاء، فإذا حضر بعد ذلك - وقد رد المبيع إلى بائعه أو إلى مشتريه بسبب العيب - لم يعد حقه فيه إلى الظهور لسقوطه بالقضاء، والساقط لايعود. ولكن ألا يكون الرد بسبب العيب مبادلة جديدة يثبت بها للشفيع الغائب حق الشفعة؟ الجواب: إذا كان الرد بالعيب - بناء على القضاء به - اعتبر فسخا بالنسبة للعاقدين وغيرهما فلا يترتب عليه لذلك ثبوت حق الشفعة للشفيع الغائب، وإذا كان بالرضا فإن كان بعد القبض والتسليم كان مبادلة يترتب عليها حق الشفعة للشفيع الغائب وإن كان قبل قبض المبيع فكذلك الحكم عند الشيخين لاعتباره حينئذ أيضا مبادلة، لجواز التصرف فى العقار قبل قبضه حينئذ عندهما، أما عند محمد فلا يثبت للشفيع الغائب بذلك الرد حق الشفعة، لأن حق الشفعة لايثبت إلا بتصرف هو مبادلة. ولايمكن اعتبار الرد فى هذه الحال تصرفا فى معنى المبادلة، لأن التصرف فى المبيع العقار قبل قبضه غير جائز عند محمد، وإذن فلا يعتبره محمد فى هذه الحال إلا فسخا والفسخ لايترتب عليه حق الشفعة.

الثانية: أن يكون الرد بالعيب بعد أن يكون الشفيع قد تملك المبيع بتسلمه عن رضا. وفى هذه الحال لم يصدر قضاء بإبطال حق الشفيع الغائب، وبناء على ذلك إذا مارد الشفيع المبيع بسبب عيب فيه، سواء أكان هذا الرد بقضاء أم برضاء ثم حضر الشفيع الغائب فإن له الحق فى أن يأخذ المبيع كله بالشفعة على مايظهر لى؛ وذلك لأن حقه فى الشفعة قد ثبت له عند البيع، فلا يسقطه رد الشفيع المبيع بالعيب على أية حال، كما أن رد المشترى المبيع بالعيب على بائعه لايسقط حق الشفيع فيه فيأخذه من البائع بعد ذلك. هكذا ذكروا فى غير موضع كما فى «المحتار ولكن ألا يقال: إن ثبوت الملك للشفيع الحاضر بالتسلم مسقط لحق الغائب لتقدمه عليه، وإذا سقط لايعود؟ الجواب: أن مجرد الملك لايكفى مسقطا، بدليل أنه لايسقط حق الشفيع الغائب المساوى فى المرتبة. وغاية الأمر: أن حقه ضعيف أمام حق الحاضر. فإذا ماذهب حقه بأية وسيلة ظهر هذا الحق وأثر أثره. هذا مايظهر لى، والله الموفق للصواب.

المشفوع فيه مملوكا لمن هو أولى منه، فلا يستطيع الأخذ جبرا عنه، وإنما يستطيع أن يتفق معه على أخذه، فيكون ذلك مبادلة جديدة بينهما.

غير أن الشفيع الحاضر إذا لم يستطع أن يتنازل عن الشفعة بعد ثبوت ملكه للمشفوع فيه بقبضه يستطيع أن يرده على من أخذه منه - من بائع أو مشتر - بخيار رؤية أو خيار عيب، إذ كان له حق فيهما، وعند ذلك يكون للغائب إذا حضر حق الأخذ بالشفعة؛ لأن حقه باق لم يبطله قضاء سابق بالمشفوع فيه لمن هو أولى منه.

وإن كان الغائب في مرتبة أعلى من مرتبة الحاضر- كأن يكون شريكا والحاضر جارا - فإنه يعطى المبيع كله سواء أقضى به للجار الحاضر أم لم يقض، وسواء أتسلمه الجار أم لم يتسلمه، وسواء أتمسك الجار بشفعته أم لم يتمسك. ذلك لأن حق الشريك مقدم على حق الجار على أية حال، فيعطى الشريك الغائب المشفوع فيه في جميع الأحوال إذا ماحضر ذلك الشريك طالبا أخذه بالشفعة.

عند التساوي في الرتبة: وإن كان في مرتبة الحاضرين كأن يكون جميع الشفعاء جيرانا أو شركاء شاركهم فيما أخذوا بقدر ما يعطى لو أنه كان حاضرا معهم، فيساويهم دون انتظار لمن قد يكون كذلك غائبا مثله من الشفعاء؛ لأنه إذا حضر ذلك الغائب أيضا بعد ذلك كان الحكم معه على هذا الوجه. مثال ذلك: أن يكون للمبيع شفعاء، هم جميعا شركاء فيه أو جيران له، عدتهم خمسة وأحدهم غائب، فيعطى الأربعة الحاضرون المبيع بناء على طلبهم أخذه بالشفعة، ثم إذا حضر الغائب طالبا الأخذ بالشفعة أيضا فإنه يعطى في هذه الحال خمس المبيع، وذلك بنقض قسمته بين الأربعة وقسمته مرة أخرى بين الخمسة. وإذا كان الحاضر منهم ثلاثة فقسم المبيع بينهم أثلاثا، ثم حضر رابع، فإن المبيع يقسم بينهم مرة أخرى أرباعا، دون مراعاة لخامسهم الغائب. فإذا حضر بعد ذلك أعيدت القسمة وقسم المبيع بينهم أخماسا.

وهذا كله فيما إذا لم يرغب أحدهم عن حقه. أما إذا رغب بعضهم عن حقه أو رغب جميع الحاضرين عن حقوقهم ثم حضر بعد ذلك الغائب. فإن لذلك حالتين:

الأولى: أن يكون حضوره قبل القضاء بالشفعة للحاضرين، وفي هذه الحالة

إذا كانت رغبتهم عنها قبل القبض فإنها تتحقق بمجرد التنازل عن حق الشفعة، ويتنازل من تنازل عنها حينئذ يعتبر كأنه غير موجود ويقسم المبيع بالسوية بين المتمسك بحقه ومن كان غائبا ثم حضر، حتى إذا كان التنازل من جميع الحاضرين كان المبيع كله للغائب بعد حضوره طالبا الأخذ بحقه، فإذا تنازل من الحاضرين - فى المثال السابق - اثنان، قسم المبيع على ثلاثة. وإذا تنازل الأربعة الحاضرون أعطى الغائب المبيع كله إذا حضر مطالبا بحقه. وإذا كانت رغبتهم عنها بعد القبض فلا يكون لها أثر، ولكن لهم الرد بخيار الرؤية أو بخيار العيب. وعند الرد بأحد هذين السببين يكون الحكم كما سبق، فتعاد القسمة بين الحاضرين والغائب بعد حضوره.

الحالة الثانية: أن يكون حضوره بعد القضاء بالشفعة للحاضرين، وفى هذه الحال يتم تملكهم بالقضاء ولاتتم رغبتهم عن المبيع إلا بتركه لمن أخذ منه بسبب خيار رؤية أو عيب. وحينئذ إذا ترك بعض الشفعاء الحاضرين حصته، بناء على ما له من خيار رؤية قبل قبضه أو بعده، أو عيب قبل قبضه، أو عيب بعد قبضه بقضاء لإباء من أخذ منه، أو تركه كله جميع الحاضرين بذلك السبب، فإن مايترك منه فى هذه الحال يعود لمن أخذ منه - من بائع أو مشتر - وإذا كان المتروك فى هذه الحال بعض المبيع تجزأت الصفقة على من أخذت منه، فإن كان بائعا اغتفر ذلك استثناء[1] وإن كان مشتريا كان له الرد بالعيب، لأن الشركة عيب، وإن شئت قلت: لأنَّ تجزئة الصفقة عليه عيب يستحق به الرد على البائع، فينتهى الأمر إلى تجزئتها بالنسبة للبائع [2].

وعلى كل : فحق الشفيع الغائب عند حضوره يقتصر على مقدار ماقد يكون له لو أنه كان حاضرا معهم وقضى بالمبيع بينهم جميعا[3] مثال ذلك : أن يكون

---

(١) جاء فى الأشباه والنظائر من كتاب البيع: لايجوز تجزئة الصفقة على البائع إلا فى الشفعة ج١ ص٣٣.

(٢) أقول: إن هذا ضرر يصيب البائع بسبب مراعاة حق الشفيع والمشترى، ولايصح أن يكون رفع الضرر عن شخص سببا فى الإضرار بغيره، وكان يمكن تجنب ذلك الضرر لو أنهم ألزموا الباقى من الشفعاء بأخذ كل المبيع إذا ما رضى البائع بذلك، رفعا للضرر عنه، ولايمنع من ذلك قولهم: إن حقهم قد بطل فى الباقى بالقضاء، إذ يمكن أن يقال: إنه قضاء بالحق مادام صاحبه متمسكا به، فإذا تنازل عنه ذهب القضاء به، وألزم به الباقى،وخاصة إذا لوحظ أنه حين طلب الشفعة طلبها فى جميع المبيع.

(٣) اشترى أجنبى حصة أحد الشركاء فى عقار مشترك بين ثلاثة، فطلبها الشريك الحاضر بالشفعة وكان

للعقار ثلاثة شفعاء أحدهم غائب فيقضى للحاضرين به مناصفة، ثم يحضر الغائب طالبا حقــه، وقد ترك أحد الحاضرين حـصته ـ وهى النصف ـ بخيـار رؤية مثلا،

=الثالث غائبا فأعطيك له. قال الكاسانى فى البدائع «ج٤ص٦»: إذا أخذها الشريك الحاضر بالقضاء ثم حضر الثالث من غيبته، فطلب الأخذ بالشفعة، فقال له الحاضر: لا أرغب إلا فى الحصة كلها، فإما أن تأخذها كلها وإما تدع، لم يجب إلى قوله، وللغائب الذى حضر إذا أصر أن يأخذ نصفها فقط، لأن القاضى لما قضى للحاضر بجميع الحصة تضمن قضاؤه بطلان حق الغائب فى نصفها، فلا يكون له حق فيه بعد ذلك، وإذن لايلزم به ا.هـ.

ويرد على هذا أنه يقتضى أن الشفيع الغائب إذا حضر وعلم بالبيع والقضاء، وأراد الأخذ بالشفعة، لم يلزمه إلا أن يطلب نصفها فقط، وإلا كان طلبه للكل عبثا؛ ذلك لأن الشفيع إنما ألزم بطلب كل المبيع إذا ما أراد الأخذ بالشفعة خشية ألا يأخذ غيره من الشفعاء فتتجزأ الصفقة على المشترى، وهذا غير متأت هنا، إذ بعد القضاء لايستطيع المقضى له أن يتخلى عن حصته فلا تتجزأ الصفقة، فهل الأمر كذلك؛ وتكون هذه الصورة وما يماثلها مستثنى من اشتراط طلب جميع المبيع؟

لم أجد نصا، وإن كان تعليل الحكم يقتضى عدم اشتراط طلب الكل فى مثل هذه الصورة؛ لأنهم عللوا طلب الكل باستحقاق الشفيع لجميع المبيع، وإن قسمته بين الشفعاء إنما كانت نتيجة المزاحمة، وعلى ذلك إذا كان الشفيع لايستحق إلا بعض المبيع قطعا لم يلزمه إلا طلب ذلك البعض(راجع رد المحتار ج٥ ص٥٦).

أقول : وفى هذا الحال إذا كان الشفيع الحاضر قد أخذ الحصة المبيعة كلها وتسلمها عن رضا، ثم حضر الغائب طالبا للشفعة، فقال له الحاضر: إما إن تأخذها كلها أو تدعها فإن الغائب يلزم حينئذ بأخذها بناء على انتفاء العلة التى ذكرها الكاسانى سببا لعدم إلزامه فيما سبق، وهى أن القضاء أبطل من الغائب فى نصيب الحاضر فلا يلزم به بعد ذلك، وقد يؤيد هذا أنه يجب على الغائب حين الطلب أن يطلب الجميع، ولكن قد يرى من جهة أخرى أن الشفيع الحاضر لا يجاب إلى طلبه أيضا فى هذه الحالة؛ لأنه قد تملك جميع الحصة بقبضها عن رضا، وليس للغائب حق إلا فى نصفها فيأخذه بحقه. أما نصفها الآخر فقد استقر فيه ملك الحاضر، ولا يُجبر الغائب الذى حضر على أخذه.

وقد يقال: إذا ما أخذ الغائب الذى حضر نصف الحصة تجزأت الصفقة على الشفيع الحاضر، فيكون له بذلك حق الرد على البائع لأن تجزؤ الصفقة عيب، وخاصة مع وجود الشيوع، فإذا رد حصته بذلك العيب على البائع وجب على الشفيع الغائب الذى حضر أن يأخذها أيضا بناء على طلبه كل المبيع، حتى لاتتجزأ الصفقة على البائع، غير أنهم ذكروا أن تجزؤ الصفقة على البائع فى الشفعة مغتفر، اللهم إلا إذا قصر ذلك الحكم على صور ليست هذه منها.

وإذا كان بيع الحصة فى المثال المتقدم لأحد الشريكين وهو الحاضر، وكان الثالث غائبا ثم حضر فطلب الأخذ بالشفعة فما الحكم؟ فى الإمكان أن يقال: إن الحكم لايختلف، لأن ملك الحاضر لنصف الحصة المبيعة أصبح مستقرا، فلا يستطيع بعد ذلك أن يلزم به الغائب إذا حضر، وفى الإمكان أيضا أن يقال: إن الشفيع الغائب إذا حضر وطلب الشفعة وجب عليه أن يطلب الكل فإذا سلم إليه الكل فكيف يمتنع عندئذ؟ وهذا أوجه فيما يظهر لى، مادام الشرط فى استحقاق الشفعة طلب جميع المبيع، وفيه عدم الإضرار بالبائع والمشترى جميعا من جهة عدم تفريق الصفقة على أحدهما.

وقد ذهب الشافعى وأحمد إلى أن الشفيع الغائب، إذا حضر طالبا للشفعة فى هذه الأحوال المتقدمة الذكر لا يجبر على أخذ كل المبيع، بل ما يخصه منه لو أنه كان حاضرا؛ وذلك لاستقرار ملك الحاضر فى حصته منه وعدم جواز تنازله عن ملكه. راجع الروض «ج٢ ص٣٦٧»، وكشاف القناع «ج٢ ص٣٤٨».

فعند ذلك لا يكون للغائب إذا حضر حق إلا فى ثلث العقار فقط، وهو ماكان له، لو أنه كان حاضرا عند القضاء[١].

وكذلك الحكم إذا مارد الحاضران المبيع كله بخيار الرؤية؛ ذلك لأن القضاء لهما بالمبيع أبطل حق الغائب فى الثلثين وهما حصة الحاضرين، وبقى حقه فى الثلث، وقد بطل القضاء به لهما لأنه حق لغيرهما؛ وذلك لأن المبيع فى الواقع موزع بين حقوق الشفعاء حاضرهم وغائبهم لكل فيه نصيب بسبب شفعته، غير أن الحاضر قد فضل على الغائب لما سبق، فإذا قضى القاضى بالمبيع للحاضرين وحدهم، فقد قضى لهم بنصيبهم فيه، وهو قضاء صحيح فيتضمن بطلان حق الغائب فى ذلك النصيب فلا يبقى له حق فيه بسبب الشفعة المترتبة على المبادلة القائمة وقضى لهم كذلك بنصيب الغائب فيه، وذلك قضاء قد ظهر بطلانه بحضور الغائب متمسكا بحقه، وعلى ذلك لايكون له فى المبيع إلا حقه لو أنه كان حاضرا عند القضاء.

أما إذا ترك بخيار عيب بعد قبضه بناء على تراضيه مع من أخذ منه فإن هذا الرد يعتبر مبادلة جديدة يستحق بها الشفعة فيما رد[٢].

نماء العقار المشفوع فيه فى غيبة الشفيع: إذا كان حضور الغائب بعد مدة استغل فيها الشفيع الحاضر المشفوع فيه، بأن كان أرضا فزرعها أو أجرها كانت الغلة جميعها للحاضر فقط؛ لأنها نماء ملكه، ولايشاركه فيها الغائب كيف كانت درجته؛ لأنه ليس بمالك، وإن كان أولى من الحاضر، إذ لايملك إلا بالقبض أو القضاء.

---

(١) ويكون الثلث كذلك لمن تمسك بحقه من الحاضرين. ويترك الثلث للبائع، لأن القضاء لمن رد ثلثه أبطل حق الآخرين فيه. فيبقى للبائع بعد رده بالخيار. راجع رد المحتار «ج٥ ص١٥٦».

(٢) وليس يخفى عليك أن الشفيع إذا ما طلب أكثر من حقه ورضى المأخوذ منه ان يعطيه ماطلب لم يمنع من ذلك مانع، إذ يعتبر ذلك مبادلة جديدة.

الملك بالشفعة

سبب ملك الشفيع: إذا باع المالك العقار دخل فى ملك المشترى بمجرد تمام عقد البيع، دون توقف على أدائه الثمن أو على تسلمه من البائع، فإذا استحق الشفيع أخذه بالشفعة لم يتملكه بمجرد طلبه؛ لأن حق الشفعة ضعيف، فلا يقوى بمجرد المطالبة على رفع ملك ثابت للمشترى بعقد البيع، ولذا لايتملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا بأحد أمرين:

الأول- تسلمه من المشترى عن رضا منه، فيتملكه من وقت تسلمه.

الثانى- قضاء القاضى له به، فيملكه من وقت القضاء، وإن لم يتسلمه فعلا[1].

فأما تملكه بأخذه من المشترى عن رضا منه؛ فلأن ذلك بمنزلة شرائه من المشترى بما قام عليه، والشراء عقد ناقل للملكية[2].

وأما تملكه بقضاء القاضى فذلك لايكون إلا عند إباء المشترى، وإباؤه فى هذه الحال ظلم، وقد نصب القاضى لرفع الظلم، فيقوم القاضى حينئذ مقامه فى هذه المعاوضة دفعا لظلمه، ويملكه الشفيع بما قام به على المشترى، ويدخل الثمن فى ملك المشترى حينئذ جبرا عنه، وكأنه رضى بذلك لقيام القاضى مقامه فيه، كما هو الحال عند نزع الملك جبرا عن صاحبه للمنافع العامة، وإذن يكون تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه فى هذه الحال أيضا عن طريق شرائه من القاضى، أو كأنه اشتراه من القاضى نيابة عن المشترى.

وهذا بيِّن إذا كان المشترى قد تسلم المبيع من بائعه، ولكن إذا حصل القضاء بالمشفوع فيه وهو فى يد البائع، فإن هذا التوجيه لايظهر؛ ذلك لأن القضاء على البائع بتسليم المبيع إلى الشفيع، فى هذه الحال يصبح به البائع عاجزا عن تسليمه إلى المشترى، وذلك مفسد للبيع. وإذا فسد البيع الصادر للمشترى زال ملكه،

---

(١) ذلك ما أخذت به دوائر محكمة الاستئناف المجتمعة حين رفع إليها هذا الموضوع بسبب اختلاف الأحكام فيه.

(٢) ولذا تكون العهدة على المشترى؛ لأن الشفيع قد تملك منه، وليس بين الشفيع والبائع عقد، ولذا لايجوز للبائع حينئذ إذا لم يستوف الثمن من المشترى أن يطالب به الشفيع، وإنما يطالب به المشترى.

وعند ذلك لايصح أن يكون مملكا، ولاينوب عنه القاضى فى التمليك، ولذا قالوا: إن القضاء للشفيع فى هذه الحالة ينقض العقد بالنسبة إلى المشترى، ويجعل الإيجاب الصادر له من البائع كأنه موجه إلى الشفيع، وكأن الشفيع قد قبله، وبذلك يعتبر الشفيع فى هذه الحال مشتريا من البائع[1]. وعلى هذا فالشفيع على أية حال يعتبر مشتريا للعقار المشفوع فيه، إما من مشتريه إن تسلمه منه، وإما من بائعه إن تسلمه منه[2].

ولذلك يثبت له من الخيار مايثبت للمشترى، فيثبت له خيار العيب وخيار الرؤية دون خيار الشرط؛ لأنه يتنافى مع اشتراط المطالبة الجازمة بالشفعة، ثم لايتقيد بما يكون بين بائع العقار ومشتريه من شروط تتعلق بالبراءة من العيوب أو بتأجيل الثمن أو بتقسيطه أو بخيار فسخ ونحوه؛ لأنه قد أخذه بمبادلة مستقلة عن طريق الرضا أو القهر. فإن وجد بالمبيع عيبا رده بخيار العيب على من تسلمه منه من بائع أو مشتر. وكذلك إذا أخذ قبل أن يراه فيرده بخيار الرؤية إذا أراد على من تسلمه منه.

فإن رده على بائعه لأنه تسلم منه كان المشترى مخيرا حينئذ فى إمضاء صفقته أو عدم إمضائها، دون توقف على رضا البائع، وإن رده على مشتريه لأنه تسلم منه كان كل من بائعه ومشتريه ملزما بتنفيذ ما اتفقا عليه من شروط فى عقد البيع الذى تم بينهما وكأنه لم ينقض.

---

(١) ولذا يكون للمشترى إذا كان قد أدى الثمن إلى بائعه أن يسترده منه، وعلى البائع أن يستوفى الثمن من الشفيع، وفى التتارخانية نقلا عن الطورى؛ أن أبا يوسف يرى أن الشفيع له أن يدفع الثمن إلى المشترى عندما يتسلم المبيع من البائع، فتكون العهدة على المشترى حينئذ ويكون مسئولا أمام البائع حتى يؤدى إليه الثمن إذا لم يكن قد أداه إليه فإن أدى الشفيع الثمن إلى البائع فى هذه الحال تكون العهدة عليه، وعندئذ يسترد المشترى منه الثمن إن كان قد دفعه إليه ا.هـ. رد المحتار «ج٥ ص١٦٠».

(٢) وعلى ذلك فالعبرة بالقبض والتسلم فتكون عهدة الشفيع على البائع إن تسلم المشفوع فيه منه، وتكون على المشترى إن تسلمه منه، وقال ابن أبى ليلى: عهدة الشفيع على البائع فى الحالين؛ لأن الشفيع لما كان متقدما فى تملك المشفوع فيه على مشتريه حل محله، وكانت عهدته على البائع كما كانت عهدة المشترى على البائع.

وعن أبى يوسف روايتان «إحداهما» أن عهدة الشفيع على المشترى دائما، لأن حق الشفعة ثبت بالشراء فكان من حقوقه، وما كان من حقوق الشىء لايكون ناسخا له، وكيف يمكن أن ينسخه ويبطله، وإبطال الشراء إبطال لحق الشفعة؟ وإذا بقى الشراء على ذلك كان الشفيع متملكا على المشترى فعهدته عليه، كما لو تسلمه من يده، وهذا قول الشافعى وأحمد. «وثانيهما»، أن العبرة بنقد الثمن، فإن كان المشترى أدى الثمن إلى البائع، فالشفيع يدفع الثمن إلى المشترى وعهدته عليه، لأن البائع لايأخذ الثمن مرتين، وإن لم يكن المشترى قد دفع الثمن إلى البائع فالشفيع يدفع الثمن إليه، وتكون عهدته عليه، ويسقط حق البائع فى الثمن قبل المشترى.

الشفعة سبب من أسباب الملك عند غير الحنفية: ذهب مالك إلى أن الشفيع يتملك المشفوع فيه بقولـه: أخذته بالشفعة، وما فى معناه دون اشتراط قضاء من القاضى أو رضاء من المشترى متى كان عالما بالثمن [1]، وقال أحمد: يملكه بذلك الطلب، وإن لم يعلم الثمن، وقال الشافعى: يملكه به بشرط أن يدفع الثمن إلى المشترى [2] أو يرضى المشترى بثبوته دينا فى الذمة، كما يملكه كذلك بالقضاء به عند النزاع، وعند ذلك لايسلمه المبيع إلا بعد دفع الثمن، وله أن يمهله ثلاثة أيام، وإلى هذا ذهب أحمد أيضا، فإن مضت ولم يدفعه فسخ القاضى الملك، وذهب أحمد إلى ـ أن للمشترى الحق فى الفسخ إذا تملك الشفيع العقار وطلب الإمهال فأمهل المدة المستحقة له، وهى ثلاثة أيام،ولم يدفع مع ذلك الثمن، وله هذا الحق بدون حاجة إلى قضاء القاضى.

وجه قولهم: أن الشارع جعل الشفيع أحق بالمبيع من المشترى، رضى بذلك أو أبى، فلا يتوقف تملك الشفيع المبيع على رضاه، ولم يرد عن الشارع أنه اشترط لتملكه قضاء القاضى.

ووجهة الحنفية تتلخص فى أن تملك الشفيع برضا المشترى وتسليمه مبادلة حقيقية بينهما فلا كلام ولا اعتراض عليها، فإذا لم تتم هذه المبادلة بسبب إباء المشترى كان لابد من الالتجاء إلى القضاء لثبوت الملك؛ لأن ملك الشفيع يتوقف

---

(١) وفى منح الجليل عن ابن شاس: يملك الشفيع المشفوع فيه بأداء الثمن وإن لم يرض المشترى، وبقضاء القاضى له بالشفعة عند الطلب، وبمجرد الإشهاد على الأخذ، وبقوله أخذت وتملكت ونحوهما، ويلزمه ذلك إن قاله عالما بالثمن، فإن لم يكن يعلمه لم يلزمه ذلك. وعلى ذلك إذا تملك ولم يدفع الثمن بعد الإمهال فذلك على ثلاث صور:

الأولى: أن يسلم له المشترى بالمشفوع فيه صراحة بان يقول: سلمت له الأخذ بالشفعة أو رضيت ذلك. وفى هذه الحال يباع المشفوع فيه على الشفيع. فإن وفى ثمنه بحق المشترى فيها، وإلا بيع من ملك الشفيع ما يوفى به بقية الثمن إلى المشترى.

الثانية: أن يسكت المشترى فلا يبدى رغبة فى أخذ الشفيع للمشفوع فيه، وعندئذ يكون الخيار للمشترى إن شاء أخذ المشفوع فيه وإن شاء طلب أن يباع من مال الشفيع مايوفى حقه.

الثالثة: أن يقول الشفيع ابتداء : أنا آخذ، ولم يقل: أخذت، ويسكت المشترى عن إبداء رأيه. وفى هذا الحال يعطى المشفوع فيه للمشترى إلا أن يتفقا على إمضائه للشفيع وإتباعه بالثمن. وقيل: إن أراد المشترى فى هذه الحال أن يلزم الشفيع بأخذ المشفوع فيه كان له ذلك جبرا عن الشفيع، وعند ذلك يباع من ماله مايفى بحق المشترى. راجع منح الجليل «ج٣ ص٦٠٣» وما بعدها.

(٢) إذا امتنع المشترى من قبض الثمن خلى الشفيع بينه وبينه، أو يرفع أمره إلى القاضى ليلزمه بالقبض أو يقبض عنه «روض ج٢ ص٣٦٨».

على شروط وإشكال لايخلو تحققها من نزاع لما يلابسها من الخفاء، فوجب أن يرجع إلى القضاء لأجل ذلك، حتى لايكون مثارا للنزاع.

مايجب على الشفيع أداؤه

ذكرنا فيما مضى أن الشفيع يتملك العقار المشفوع فيه بمثل ماتملكه به المشترى إن كان البدل مثليا، وبقيمته إن كان قيميا، والمعتبر قيمته وقت عقد البيع، فإذا زادت قيمته أو نقصت بعد ذلك ولو حين قيام الشفيع بأدائها لم يلتفت إلى شيء من ذلك، ووجب على الشفيع أن يدفع قيمته التى كانت له عند الشراء، ويضاف إلى ذلك جميع النفقات الضرورية التى أنفقها المشترى فى إتمام صفقة البيع كأجرة الدلالة «السمسرة» وكتابة العقد ورسوم تسجيله.

الحط من الثمن: غير أن الثمن بعد تمام العقد به يكون عرضة للحط منه والزيادة عليه، فإذا حط البائع منه شيئا عن المشترى انتفع الشفيع بذلك الحط، فيأخذ المبيع بالباقى من الثمن بعد الحط.

وعلة ذلك: أن الشفيع كما قدمنا يتملك بمثل ما يتملك به المشترى أو بقيمته، وأن الحط من الثمن يلتحق بأصل عقد البيع، فإذا اشترى دارا بألف جنيه، ثم حط البائع منه مائتين التحق ذلك بأصل العقد، وكأن المشترى قد اشتراها ابتداء بثمانمائة جنيه فقط، فيتملكها الشفيع بهذا المبلغ لا بالألف، ولذلك إذا دفع الشفيع للمشترى الألف، ثم حط البائع عن المشترى مائتين رجع الشفيع على المشترى بمائتين: فاستردها منه. والنتيجة، أن حط البائع بعض الثمن عن المشترى - سواء أكان ذلك قبل أداء الثمن أم بعده - يظهر فى حق الشفيع فلا يلزم الشفيع إلا بالباقى بعد الحط.

هبة بعض الثمن أو الإبراء منه: ومثل ذلك فى الحكم: هبة بعض الثمن والإبراء منه؛ لأنهما كالحط فى المعنى والنتيجة. على ماذهب إليه السرخسى[1] فيصحان ويترتب على كل منهما أثره، ويظهر فى حق الشفيع - وإن حدث بعد أداء الثمن - خلافا لمن رأى أن الإبراء لايجوز إلا قبل أداء الثمن. وأما الهبة فتصح قبله وبعده.

---

(١) تقدم ترجمته.

حط الثمن جميعه أو هبته أو الإبراء منه: ولكن إذا حط البائع كل الثمن أو وهبه للمشترى أو أبرأه منه لم يظهر ذلك فى حق الشفيع؛ لأن الشفيع لايتملك بالمجان؛ ولأن ذلك لايلتحق بأصل العقد؛ لأنه إن التحق به كان البيع بلا ثمن. ولابيع بغير ثمن، وإنما يكون هبة ولا تثبت بها الشفعة. وعندئذ يتملك الشفيع العقار فيه بالثمن المتفق عليه مثلا أو قيمة إن كان التنازل عنه بعد أدائه إلى البائع، وبقيمة العقار المبيع إن كان التنازل عنه قبل أدائه، ولعل وجه التفرقة بين الحالين: أن التنازل عن الثمن بعد أدائه أشبه بالهبة الحقيقية المستقلة منه بالحط والتنازل، فانقطعت صلته بالبيع، فيجب حينئذ على الشفيع أداء الثمن أو قيمته، ولكن إذا حصل التنازل عن الثمن قبل أدائه كانت صلته بعقد البيع أوثق لأنه إسقاط لبعض آثاره، وهو الثمن، وقد كان مقتضى ذلك أن ينقلب العقد تبرعا، فيسقط حق الشفيع فى الشفعة، ولكنا لم نذهب إليه بعد أن تقرر حق الشفعة محافظة على الحقوق، وعلى ألا يكون لغير صاحب الحق سلطان عليه، وكان من العدل حينئذ: أن يلزم الشفيع بقيمة العقار، بعد أن تبين أن المعاوضة بين البائع والمشترى قد ذهبت وتلاشت، وأن المشترى قد تملك العقار بلا عوض؛ ذلك لأن الشفيع إنما يلزم بالعوض، وقد ظهر أن لاعوض، فلم يبق إلا أن يتملكه الشفيع حينئذ بقيمته؛ لأنه لايتملك بالمجان.

الزيادة فى الثمن: وأما إذا زاد المشترى فى الثمن بعد تمام العقد فلا تظهر هذه الزيادة فى حق الشفيع، فإذا بيعت دار بألف، ثم زاد المشترى مائة فى ثمنها بعد تمام العقد لم تلزم الشفيع، وأخذ الدار بالألف؛ لأن حقه فى أخذها بالألف قد ثبت له بتمام البيع بهذا الثمن، فلا يستطيع أحد إبطال هذا الحق بعد ثبوته، حتى لايلحق به ضرر.

مطالبة الشفيع بالثمن المؤجل: إذا كان الثمن الذى أتم العقد عليه مؤجلا أو منجما خير الشفيع عند أئمتنا الثلاثة بين أخذ العقار المبيع فى الحال بثمن حال فيلزم به فى الحال[1] وبين أن ينتظر حتى يحل الأجل ويستحق أداء

---

(١) وإذا اختار أن يدفعه كله حالا، فدفعه إلى المشترى - لأنه تسلم المبيع منه - لم يلزم المشترى حينئذ بدفع الثمن إلى البائع إلا عند حلول أجله، لاستقرار العقد بينه وبين البائع على شروطه. كما فى المبسوط ج١٤ ص١٠٣».

الثمن كله، فيأخذ المبيع حينئذ ويلزم بالثمن. وليس يعفيه ذلك من وجوب المبادرة إلى طلب الأخذ بالشفعة مواثبة وتقريرا عند الطرفين، فلو ترك أحدهما مع التمكن منه سقط حقه فى الشفعة؛ لأن حق الشفعة يترتب على وجوب العقد، فلابد أن يقرر تمسكه به فى الخيار عند العلم وإلا سقط. ولكن له إذا ما اختار إرجاء الثمن إلى أجله أن ينتظر. فلا يطلب من المشترى أن يسلم المبيع إليه إذا ما كان راضيا مستعدا لتسليمه إياه، ولا أن يرفع أمره إلى القاضى عند إبائه عليه حق الشفعة، حتى إذا حل الأجل طالب بالمبيع، وألزم بدفع الثمن، وذهب أبو يوسف أخيرا إلى أن له الحق كذلك فى أن ينتظر بالمطالبة ابتداء؛ لأن الطلب ماشرع إلا ليكون وسيلة إلى الأخذ عقبه، وذلك غير متأت لتأجيل الثمن وعدم رغبة الشفيع فى دفعه حالا، وإذن فلا يجب عليه أن يطلب الشفعة مواثبة وتقريرا إلا عند حلول الأجل، وقد ذهب الشافعى على الأظهر من قوليه، إلى ماذهب إليه أئمتنا الثلاثة[1].

وبناء على ماتقدم إذا بيعت أرض بمبلغ ألف جنيه كان لشفيعها حق أخذها بهذا الثمن فإذا حط منه شىء بعد ذلك حط عنه كذلك بقدره، وإذا زيد فيه لم يزد عليه، وللشفيع إذا علم أن الثمن صورى وأن الحقيقى أقل مما جاء فى وثيقة المبيع

---

(١) وذهب زُفر إلى أن الشفيع يستحق أخذ المشفوع فيه بما تم التعاقد عليه قدرا وجنسا وصفة، فإذا كان الثمن حالا أخذه حالا، وإذا كان منجما او مؤجلا كله أخذه بنجومه، او مؤجلا إلى أجله. وذهب أحمد إلى ماذهب إليه زُفر مشترطا يسار الشفيع، فإن كان معسرا لم يكن له إلا ان يأخذه حالاً أو يأخذه مؤجلا إلى اجله بشرط أن يحضر كفيلا به تتوافر فيه الملاءة والقدرة على أداء الثمن فى اجله، دفعا للضرر عن المشترى أو البائع، وقال مالك: إذا كان الثمن مؤجلا وقد وثقه المشترى برهن أو كفيل واراد الشفيع ان يأخذه بثمنه إلى أجله، وجب عليه كذلك أن يوثقه برهن مثل رهن المشترى أو بكفيل ملىء ككفيل المشترى، فإن لم يوثقه المشترى بشىء من ذلك وكان الشفيع مثله فى اليسار أخذه بمثل ما أخذ به المشترى إلى أجله، وإن كان الشفيع أدنى حالا من المشترى لزمه ان يوثقه برهن أو كفيل، وإلا سقطت شفعته فى جميع الأحوال المتقدمة إذا لم يقم بذلك. والفكرة العامة فى هذا الخلاف ترجع إلى المحافظة على حقوق كل من البائع والمشترى والشفيع دون الإضرار بأحدهم، فالحنفية والشافعية يرون أن الأجل ما كان إلا نتيجة لاشتراط فى العقد وماتم الاتفاق على هذا الشرط إلا لقصد الترفيه على المشترى مع الثقة به والطمأنينة إلى وفائه بما عليه من ديون، فإذا تحولت الصفقة إلى غيره بطل الاشتراط؛ لأن البائع لم يلتزمه إلا للمشترى، ولم يلتزمه للشفيع، وقد لايرغب البائع أو المشترى فى الترفيه عن الشفيع، وقد تكون الثقة به معدومة ولا يطمئنون إلى وفائه لما عليه من ديون، فلا يستحق الشفيع لذلك عليهما تأجيلا، ويرى زفر أن الأجل صفة فى الثمن لها فيه قيمتها ووزنها. ومادام الشفيع لايتملك إلا بمثل ما يتملك به المشترى أو بقيمته فإنه يجب أن يتملكه بالثمن مؤجلا إلى أجله كما تملكه المشترى بذلك. وقد تكون هذه النظرة للمالكية والحنابلة أيضا، ولكنهم راعوا معها عدم الإضرار بالبائع أو المشترى، فشرطوا ماشرطوا من اليسار أو التوثيق بالرهن أو الكفيل. وقد أخذ قانون الشفعة برأى الحنفية؛ لأنه أبعد عن المنازعة.

أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات، فإذا أثبته أمام القضاء أخذ الأرض بالثمن الحقيقي، وإذا كان الثمن مؤجلا فإما أن يختار الشفيع أخذ الأرض في الحال ويلزم بدفع الثمن حالا، وإما أن ينتظر بطلب تسليم الأرض إلى حلول الأجل، فإذا حل طلب أن تسلم إليه وأعطى عندئذ الثمن.

تصرف المشتري في المشفوع في زيادته ونقصه في يده

تصرف المشتري في المشفوع فيه: إذا تم عقد البيع بين البائع والمشتري ثبت ملك المشتري في المبيع. ولايرفعه عند الحنفية مطالبة الشفيع أن يأخذه بالشفعة كما قدمنا. وإنما يثبت للشفيع بهذه المطالبة حق متعلق بالمبيع، وهذا الحق هو استحقاق لأخذه جبرا عن المشتري إذا رغب في ذلك وأنفذ تلك الرغبة وهذا الحق لايحول بين المشتري وبين تمتعه بآثار ملكه، فله أن ينتفع بالمبيع كما يشاء وعلى أي وجه أراد، فيستعمله أو يستغله. ويزيد فيه أو ينقص، ويبيعه ويهبه ويوصي به ويقفه، وعلى الجملة لا يتقيد المشتري في انتفاعه بالمبيع، ولا في تصرفه فيه بأي قيد، لا فرق في ذلك بين أن يصدر ذلك منه قبل المطالبة بالشفعة وأن يصدر بعدها، فتعتبر جميع تصرفاته نافذة من وقت تمامها، ولكنه مع ذلك لاتمنع الشفيع من حقه، فله أن يطلب الأخذ بالشفعة وحينئذ تكون عرضة للنقض والإبطال إذا قضى للشفيع بالشفعة، فإن القضاء له بالمبيع في هذه الحال يبطل تلك التصرفات عدا القسمة مع البائع [1] حتى لو كان التصرف بوقف العقار مسجدا أو

(١) إذا اشترى شخص شقصا من دار ثم قاسم شريكه فتحت ذلك صورتان، الأولى: ألا يكون له في هذه الدار شريك سوى بائعه الذي اشترى منه الشقص وقد قاسمه واختص بناحية في الدار، وفي هذه الحال إذا أخذ الشفيع بالشفعة أخذ الحصة المفرزة ولا تنقض القسمة؛ لأن القسمة مع البائع من تمام التسليم إلى المشتري، إذ المقصود من قبض المبيع حيازته، وتمامها يكون بالقسمة ولا مسوغ لنقض قسمة يحتاج إلى إعادتها في الحال عند تسليم المبيع إلى الشفيع، وسواء في ذلك أن تكون القسمة تمت بقضاء أم بغير قضاء. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها إذا تمت بالتراضي كان للشفيع أن ينقضها إذ تصير في هذه الحال كتصرف صادر من المشتري لما فيها من معنى المبادلة المبني على التراضي، وقد يستفيد من هذا النقض. أما في حال جريانها بالقضاء فتعتبر طريقا لتعين المبيع بالقضاء. فإما أن يأخذ الشفيع ماعينه القضاء مبيعا أو يترك. راجع المبسوط «ص١٠٩ ج١٤». وفي الهندية «ص١٨١ ج٥» أن الشفيع إذا ما ألزم بالقسمة التي أتمها المشتري مع الشريك البائع كان له أن يجعل حصة المشتري في أي جانب من المبيع حتى يكون ذلك طريقا لرفع ماقد يراه من الغبن، وهذا لايخلو عن نقد بين وجهه، إذ معنى ذلك ليس إلا نقض القسمة، وخاصة إذا لم تكن الحصتان متساويتين.

الثانية: أن يكون للمشتري شريك آخر غير البائع وقد تمت القسمة بين الثلاثة وفي هذه الحال يكون للشفيع نقض القسمة إذ القسمة حينئذ ليست من تمام التسليم والقبض، بل تصرف مستقل عن الشراء فيحق للشفيع نقضه حتى يتجنب في القسمة الغبن، راجع الهندية «ج٥ ص٢٨١» من باب تصرف المشتري في المشفوع.

مقبرة أو بهبته لآخر مع تسليمه إليه. غير أن المشترى إذا باع العقار المبيع لآخر، كان الشفيع بالخيار حينئذ إن شاء أخذ بالبيع الأول، وإن شاء أخذ بالبيع الثانى؛ لأن كل عقد يثبت له حق الأخذ بالشفعة [1]، فإن أخذ بالأول بطل الثانى، وإن أخذ بالثانى لزم الأول.

وإذا تصرف المشترى فى العقار المشفوع فيه، فوهبه لآخر وسلمه إليه، أو جعله مسجدا وطلب الشفيع أخذه بالشفعة، فإن رضا المشترى فى هذه الحالة لايكون كافيا لتملك الشفيع العقار المشفوع فيه، لزوال يد المشترى عنه ونفاذ تصرفه فيه، وثبوت حق غيره عليه، وإذن فلابد للشفيع من القضاء له به حتى يتملكه، ويبطل حق غيره فيه، فإذا قضى له به ترتب على ذلك بطلان الوقف أو الهبة؛ لأن القضاء قد أظهر أن حقه فى المبيع كان أقوى من حق المشترى فيه، وأنه أولى به منه، وأن المشترى قد تصرف فيه مع تعلق حق الشفيع به، فلا ينفذ تصرفه منعا للإضرار بالشفيع. وإلى هذا ذهب الشافعى [2].

زيادة المشفوع فيه فى يد المشترى: وإذا نما المشفوع فيه فى يد المشترى، بأن حدث النماء بعد القبض فأخذه المشترى قبل تملك الشفيع كان خالصا لأنه نماء ملكه، فإذا أجر المشترى الأرض بعد تسلمها كانت الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على تملك الشفيع خالصة للمشترى لأنها غلة ملكه، وكذلك إذا كان

---

(١) إذا تساوى الثمنان فى البيعين فلا إشكال، كدار يبيعها محمد لاحمد بالف جنيه ثم يبيعها أحمد لرشيد بالف جنيه فيأخذها شفيعها بالف جنيه استنادا إلى اى البيعين شاء ويدفع الثمن إلى من يتسلم منه الدار، وإن كان الثمن فى البيع الثانى اكثر بان باعها أحمد لرشيد بالف ومائتى جنيه، فالمعقول أن الشفيع يأخذها بناء على البيع الأول لقلة ثمنه ويتسلم الدار ممن هى فى يده، ويؤدى إليه الثمن وهو الألف، فإن كان الأداء لأحمد لانه تسلم منه الدار، رجع رشيد على أحمد بما دفعه إليه من ثمن (١٢٠٠) إن كان قد دفعه إليه وإن أداه لرشيد؛ لأن الدار كانت فى يده، رجع رشيد على أحمد بالفرق بين الثمنين وهو مائتا جنيه إن كان قد دفع إليه الثمن حتى يسلم له ماله، فإن لم يكن قد دفع إليه الثمن لم يكن عليه إلا ان يدفع الألف التى أخذها من رشيد إلى أحمد؛ لأن ذلك المبلغ حقه.

وإذا كان الثمن فى البيع الثانى أقل، بأن باعها أحمد لرشيد بثمانمائة جنيه. فالمعقول أن الشفيع يأخذها بناء على البيع الثانى لقلة ثمنه، ويدفعها إلى من يتسلم منه الدار. وليس لرشيد إن كان قد أدى الثمن إلى أحمد إلا أن يرجع به عليه إذا لم يأخذه من الشفيع.

(٢) وذهب أحمد إلى أن تصرف المشترى فى المشفوع فيه قبل المطالبة به يبطل حق الشفعة إذا كان بوقف أو بهبة أو بتصدق، محافظة على حقوق الموقوف عليهم والموهوب له والمتصدق عليه؛ لأنها نشأت عن تصرف مالك فى ملكه، ولايبطل إذا ماتصرف المشترى برهن أو بإجارة، لبقاء ملك المشترى مع ذلك، وإذا تصرف ببيع كان للمشفوع فيه أن يأخذ بالشفعة إن شاء بالبيع الأول وإن شاء بالبيع الثانى. كشاف «ج٢ص٣٨٦».

فى الأرض شجر فأثمر وأدرك وأخذ المشترى الثمر أو زرعها فاستحصد الزرع وحصده المشترى، فلا يكون للشفيع أن يأخذ شيئا من ذلك بخلاف ما إذا كان الثمر موجودا عند الشراء، فإن له حكما آخر سيأتى فى أحكام نقص المشفوع فيه، وبخلاف ما إذا أثمر الشجر فلم يجده المشترى حتى حكم للشفيع، فإنه يكون للشفيع حينئذ تبعا لأصله كما فى التبيين والبحر والهداية[1].

وإذا زاد المشترى فى العقار المشفوع فيه قبل أن يتملكه الشفيع، ثم قضى للشفيع بأخذه فإنه يأخذه بالثمن ابتداء، أما حكم هذه الزيادة فيختلف باختلاف حالها، فإن كانت هذه الزيادة لاتقبل الانفصال سواء أكان ذلك راجعا إلى طبيعتها كإصلاح الأرض بشق مصارفها وكثرة غسلها بالماء وتسميدها وشق المراوى فيها وحفر الآبار ورفع الأحجار والرمال منها ومعالجة تربتها بالمواد الكيميائية وغير ذلك، أم كان راجعا إلى أنها إذا فصلت ذهبت قيمتها، كطلاء أخشاب الدار وجدرها مثلا: فإن الشفيع يأخذ المبيع بثمنه مضافا إليه مازادته هذه الزيادة فى قيمته. فإذا كان المشترى قد اشترى العقار بألف جنيه، فأصبح بعد الزيادة فيه بسببها يساوى ١٥٠٠ جنيه أخذه الشفيع بذلك[2].

وإن كانت هذه الزيادة تقبل الانفصال بلا ضرر يحدث فى العقار من انفصالها، وكان لها نهاية معلومة كالزرع فى الأرض. فإن العقار يبقى فى يد المشترى إلى أن يستحصد الزرع ويدرك فيحصد، ثم تسلم الأرض بعد ذلك إلى الشفيع، ولايمنع ذلك أن يقضى للشفيع بشفعته، وذلك يستحق أجر مثل الأرض على المشترى طيلة مدة بقائها فى يده، وذهب بعض الحنفية إلى أنه لا يقضى للشفيع فى هذه الحال بشفعته، إلا بعد أن يدرك الزرع. وهذا ما فى المبسوط «ج١٤ ص١٣٣» وحينئذ لايستحق الشفيع على المشترى أجرا. وإلى هذا ذهب

(١) ولعل وجه ذلك: أنه فى هذه الحال يعتبر كالجزء من المبيع، وخاصة إذا لم يدرك وليس بزبل هذا مانى هذا الحكم من موجبات النقد. فإن النماء على أية حال يعتبر مالا قد تولد من مال مملوك للمشترى. فيجب أن يكون ملكا له تبعا لأصله، ولايستحقه الشفيع على أية حال.

(٢) محل ذلك: إذا كانت قيمة العقار عند بيعه ألفا كثمنه. أما إذا كانت قيمته عند البيع ثمانمائة جنيه وقد صارت قيمته بالزيادة ١٥٠٠ جنيه خمسمائة جنيه وألف، فإن مقدار مازادته فيه سبعمائة جنيه، وحينئذ يأخذه الشفيع بسبعمائة وألف، أى بالثمن مضافا إليه الزيادة، أو يترك. هذا مايظهر لى من قولهم: إن شاء ترك وإن شاء أخذ بالثمن وأعطى مازاد فيها المشترى. راجع الخانية «ج٣ ص٥٤١».

الإمام مالك وأحمد [١] والأول أصح عند الحنفية. وإن لم يكن لها نهاية معلومة كالبناء والغراس، كان للشفيع أن يكلف المشترى بهدم بنائه ورفع أنقاضه، وبقلع شجره وأخذ أخشابه، ليتسلم العقار خاليا مما زاده فيه المشترى. مادام متمسكا بحقه فى الشفعة.

ويجوز لهما فى هذا الحال أن يتفقا على أن يأخذ الشفيع العقار وماعليه من البناء والشجر بثمنه مضافا إليه قيمة البناء والشجر مستحقى القلع [٢].

أما إذا كان فصل هذه الزيادة من الأرض يضر بها بسبب مايحدثه فيها من حفر عميقة أو اختلاط بين طبقاتها المختلفة المادة، فإن المشترى لايمكن فى هذه الحال من رفع زيادته، وللشفيع حينئذ أن يتملكها إذا أراد جبرا عنه بقيمتها مستحقة القلع دفعا للضرر عن نفسه، ولاضرر على المشترى فى ذلك؛ لأنه يعد ظالما بإبائه البيع، وإصراره على رفع زيادته مع مايترتب على ذلك من ضرر بالأرض؛ وهذا ماجاء فى كتب ظاهر الرواية من أحكام فى هذا الموضوع[٣].

وذهب أبو يوسف فى رواية عنه إلى أن الشفيع ليس له فى الأحوال السابقة حق تكليف المشترى بهدم البناء وقلع الشجر، ولكن إذا أصر على الأخذ بالشفعة أخذ العقار بثمنه مضافا إليه قيمة البناء أو الشجر باقيين فى الأرض؛ ذلك لأنه لم يكن فى بنائه ولا فى غرسه متعديا؛ لأنه إنما بنى وغرس فى ملكه، فإذا أراد الشفيع أخذ ملكه جبرا عنه بحق الشفعة وجب ألا يترتب على ذلك ضرر به. وليس فى أخذه على هذا الوجه ضرر بأحدهما؛ لأن الشفيع يأخذ مازاد فى الأرض بقيمته. والمشترى قد عوض عنه بهذه القيمة، وإذا كان فى إلزام الشفيع

---

(١) ذهب الشافعى وأحمد إلى أن الزرع والثمر يبقيان فى الأرض بلا أجر إلى أوان الحصاد للزرع، والجذاذ للثمر لأنه زرع ملك نفسه، وهذا يدل على أن الثمر لايكون للشفيع فى هذه الحال، كما ذهب الحنفية بل للمشترى وهذا الرأى أوجه لأنه ثمار مال مملوك للمشترى، وإن كان لما يدرك.

(٢) إذا كان أساس هذا تراضيهما معا فإن تحديد أخذ الزيادة بهذه القيمة يكون قليل الفائدة؛ لأن العوض سيكون نتيجة لاتفاقهما أيضا. وقد يتجاوزان به إلى قيمتهما قائمين. ولاحرج عليهما فى ذلك.

(٣) فى هذه الحال انتفع الشفيع بما زادته الزيادة من قيمة فى العقار نظير قيامه بدفع قيمتها مستحقة القلع. وذلك أقل من الزيادة بكثير. وفى الحال الأولى ينتفع بالزيادة نظير دفع مازادته من قيمة، وهذا عدل، وما خالف بين الحالين فى الحكم إلا أن الزيادة التى زادها المشترى فى إحداهما لاتقبل الانفصال وفى الأخرى تقبل الانفصال، ولكن لايمكن منه المشترى لما يترتب عليه من الضرر بالعقار، فهل هذا الفرق يبرر الاختلاف فى الحكم؟ اللهم لا.

بأخذ شيء قد لايرغب فيه بعض ضرر، فهو أدنى من ضرر المشترى حين يؤخذ منه البناء والشجر بقيمتهما مستحقى القلع، وعند تعارض الضررين يحتمل الأقل.

ووجه ظاهر الرواية: أن المشترى حين بنى أو غرس فعل ذلك بملك تعلق به حق مؤكد لغيره من غير إذن منه، وهو تصرف يمس حقه، لعدم إمكان تسليم العقار إليه حينئذ بدون هذه الزيادة، فكان بذلك متعديا؛ لأن حق الشفيع أقوى من حقه، ألا ترى أنه يستطيع نقض تصرفات المشترى جميعها؟ ولهذا كان عليه أن يتريث إلى أن يفصل فى أمر الشفعة، وإذا لم يفعل لزمه أن يتحمل مايترتب على فعله هذا من ضرر.

وبرأى أبى يوسف أخذ أحمد «كما فى كشاف القناع» إذا كان المشترى قد بنى أو غرس قبل طلب الشفيع لا بعده.

وفى كتب الحنفية أن مذهب الشافعى ومالك كرأى أبى يوسف، ويؤيده ما فى المدونة وما فى كتاب اختلاف العراقيين للشافعى، ولكن الموجود فى النهاية «من كتب الشافعية» أن للشفيع الخيرة، فإما أن يبقى البناء والشجر بأجر المثل، وإما أن يكلف المشترى قلعهما، ويلتزم له بالفرق بين قيمتهما مقلوعين، وقيمتهما قائمين، وإما أن يتملكهما قائمين [1].

وقد أخذ قانون الشفعة برأى وسط، استنبطه مما ذهب إليه الحنفية، فأخذ برأى الطرفين إذا مابنى المشترى أو غرس بعد مطالبة الشفيع بالشفعة، وبرأى أبى يوسف إذا مافعل ذلك قبل مطالبة الشفيع بها. هو توفيق حسن؛ لأن إقدام المشترى على البناء والغراس بعد الطلب إهمال بين لحق الشفيع بعد أن تقرر بالطلب، فيكون به متعديا، فيعامل معاملة المعتدى، ويتحمل مايترتب على عمله من ضرر، بخلاف ما إذا كان ذلك قبل طلب الشفعة، فإن حق الشفيع حينئذ لم يتقرر، وعساه لايطلبها فلا يظهر تعديه.

نقص المشفوع فيه فى يد المشترى: وإذا نقص المشفوع فى يد المشترى، فإن كان النقص فيما يتبعه مما يدخل فى عقد البيع تبعا من غير نص عليه فى العقد، كالبناء والشجر، اختلف الحكم باختلاف سبب هذا النقص، فإن كان

---

(١) راجع النهاية والروض من كتاب الشفعة.

النقص من غير تعد، كانهدام البناء لتصدعه أو لزلزال حدث، وكجفاف الشجر لآفة أصابته، لم يكن للشفيع إذا أراد الشفعة إلا أن يأخذ العقار المشفوع بثمنه دون نقص منه فى مقابلة ما انهدم من البناء، أو ماجف من الشجر؛ لأنهما ما دخلا فى عقد البيع إلا تبعا، وما كان كذلك لايخصه حصة من الثمن، فإذا زال لم ينقص الثمن بسبب زواله [1]، ولكن إذا بقيت أنقاض البناء أو أخشاب الشجر لم يأخذها الشفيع؛ لأنه لا يأخذها إلا باعتبارها تابعة للعقار، إذ لا شفعة فى المنقول، ولاتعتبر تابعة إلا عند اتصالها، وإنما يأخذها المشترى لانفصالها عن العقار، ولا يأخذها مجانا،بل تحتسب عليه بحصة من الثمن تتناسب مع قيمتها وقت أخذها، ولايلزم الشفيع حينئذ إلا بدفع الباقى، وطريقة الوصول إلى معرفته: أن تقوم الأنقاض أو الأخشاب عند أخذها [2]، وتنسب إلى قيمة المبيع كاملا عند عقد البيع، ثم ينقص من الثمن بقدر هذه النسبة، فإذا كانت قيمة الأنقاض أو الأخشاب عند أخذها مائة جنيه، وقيمة المبيع عند العقد ٢٠٠٠ جنيه كانت النسبة ٥ فى المائة فلا يدفع الشفيع منه عند أخذه العقار المشفوع إلا فى ٩٥ فى المائة من ثمنه، ومثل ذلك فى الحكم إذاماباع المشترى من العقار المشفوع أتربة قبل أخذه بالشفعة، فإنه ينقص من الثمن بنسبة قيمة ماباع عند بيعه إلى قيمة المبيع عند العقد عليه أيضا على مابيناه [3].

وإن كان النقص بتعد كأن اعتدى على البناء متعد فهدمه، أو على الشجر فقلعه، سواء أكان المشترى أم غيره، فإن الشفيع يأخذ العقار بحصته من الثمن، وهى ما يبقى بعد نقص مايخص البناء أو الشجر، ثم يقوم كذلك عند العقد وقد خلا من البناء أو الشجر، ثم تنسب القيمة الثانية إلى القيمة الأولى، فتكون هذه النسبة هى نسبة حصة الأرض فى الثمن إلى الثمن جميعه، فإذا كانت الأرض قد بيعت بما عليها من البناء بألف ومائتى جنيه، وتسلمها المشترى، ثم اعتدى شخص

---

(١) وذهب الحنابلة إلى أن المشفوع فيه إذا تلف بعضه فانهدم بناء الدار التى بيع شقص منها، سواء أكان ذلك بفعل مطر أو زلزال أو بفعل آدمى فإن للشفيع ان يأخذ الباقى بحصته من الثمن. وإذا كان النقص بالعيب فقط مع بقاء المشفوع فيه كانشقاق الجدار أو تشعث الشجر فليس للشفيع إلا ان يأخذ بكل الثمن أو يترك - «الشعث: التغير».

(٢) إنما قومت وقت أخذها لأنه وقت حبسها عن الشفيع كما فى رد المحتار «ج٥ ص١٦٤».

(٣) إذا كان أخذ الأتربة ضارا بالأرض كان ذلك إتلافا لما دخل تبعا، وكان الحكم كالحكم عند التعدى على التابع. وأما إذا لم يكن ضارا بها كان حكمها حكم الشجر الساقط بلا اعتداء أخذه المشترى فباعه، فيكون التقويم وقت حبسه عن الشفيع وذلك عند بيعه لاعند بيع الأرض. هذا ما ظهر لى.

على البناء بالهدم، ثم طلب الشفيع الشفعة، فإننا نقوم الأرض بما عليها من البناء عند العقد، ولتكن قيمتها خمسمائة جنيه وألفا، ثم نقومها كذلك وبناؤها مهدوم، ولتكن قيمتها خمسمائة جنيه، ثم ننسب هذه القيمة إلى القيمة الأولى، فإذا النسبة بينهما الثلث، فتعلم أن حصة الأرض من الثمن الثلث وهو مايجب على الشفيع أداؤه إذا أخذ الأرض، ومقدار ذلك من الثمن أربعمائة جنيه، ويكون للمشترى فى هذه الحال جميع النقض، لعدم ثبوت الشفعة فيه، لانفصاله عن العقار، وبهذا يتبين أن هذه الحال تفارق حال الانهدام بغير اعتداء، ففى هذه الحال روعى دائما وقت العقد فى التقويم؛ لأنه وقت تملك المشترى وثبوت حق الشفيع، كما روعى فيه قيام البناء على الأرض ولم يقوم أنقاضا، لصيرورته حينئذ أصلا مقصودا بسبب الاعتداء عليه، وفى تلك الحال لم يراع وقت العقد فى تقويم النقض، ولم يقوم بناء قائما؛ لأن البناء بالنسبة للأرض تبع عند الحنفية، فلا يقابله جزء من الثمن إلا عند الاعتداء عليه، ولانهدامه فى هذه الحال بغير اعتداء لم يقابله شىء من الثمن، وكان الثمن كله للأرض وحدها، ولكن حين يأخذ المشترى النقض يحبسه بذلك عن الشفيع، فيكون حينئذ مقصودا بالمنع، فيضمن حصته من الثمن على الوجه الذى بيناه سابقا ولايقوم إلا حين الحبس أى منفصلا عن الأرض[1].

هذا، ومما هو جدير بالملاحظة أن المشترى إذا كان هو المعتدى فقد استوجب اعتداؤه نقص حصة من الثمن، هى حصة ما أتلفه، وإن كان المعتدى أجنبيا، فإنه يضمن للمشترى قيمة ما أتلفه وقت إتلافه، وقد تكون تلك القيمة مساوية لما نقص من الثمن أو أقل أو أزيد، تبعا لاختلاف القيم باختلاف الأوقات، والغرم حال انخفاضها بالغنم حال ارتفاعها.

وإن كان النقص فى هذا العقار المشفوع فيه، أو فيما نص عليه فى العقد من تابع له، كالزرع فى الأرض والثمر على الشجر وآلات الحراثة وماشيتها ونحو ذلك، فإن الشفيع يأخذ باقى المبيع بحصته من الثمن بالطريقة التى بيناها من قبل، سواء أكان ذلك النقص نتيجة اعتداء أم كان من غير اعتداء، فإذا بيعت أرض بما عليها من الزرع «قمح أو شعير أو خضر» أو بما على شجرها من الثمر، أو بآلات حراثتها - وكانت على حافة نهر - فأصاب الزرع عند المشترى آفة أهلكته، أو

(١) راجع المبسوط «ج١٤ ص١١١».

أصابت ثمر الشجر فأسقطته، أو سرقت آلات الحراثة، أو جرف ماء النهر جزءا من الأرض، أو اعتدى على الزرع معتد فقلعه من الأرض، أو أحرق الآلات، فإن الشفيع يأخذ باقى المبيع بحصته من الثمن، وذلك بأن يقوم الزرع والثمر أو آلات الحراثة، أو ماجرف من الأرض ثم تنسب القيمة إلى قيمة المبيع كله وقت العقد، ثم ينقص من الثمن بقدر تلك النسبة على مابينا من قبل، فيأخذ الشفيع بما بقى، وتكون الأنقاض للمشترى؛ لأن الشفيع إنما يأخذها تبعا للعقار، وقد زالت تلك التبعية بانفصالها عنه، ويكون تقويم المبيع بحسب حاله وقت العقد، وكذلك تقويم التالف [1] سواء كان تلفه بتعد أو من غير تعد، لأن الشفيع يأخذ المبيع بما قام به على المشترى وقت العقد، فلا عبرة بما يحدث من التغيير بعد، من ارتفاع فى القيم أو نقص فيها، فإذا ماحصل ارتفاع، فذلك من حظ المشترى مادام لم يدخل فى ملك الشفيع [2].

ما تسقط به الشفعة

يسقط حق الشفعة بسبب من الأسباب الآتية:

الأول - الرغبة عنها صراحة، ويندرج تحت ذلك ما يأتى:

(١) الإسقاط الصريح، كأن يقول الشفيع: أسقطت حقى فى الشفعة، أو تنازلت عن شفعتى، أو رغبت عنها، أو نحو ذلك. ولايكون ذلك مسقطا لحق الشفعة إلا إذا صدر بعد ثبوته، إذ لايقبل الإسقاط إلا الحق الثابت [3]، وأما غير الموجود فلا يقبل الإسقاط. وبناء على ذلك لو عرض الجار على جاره أن يشترى

(١) وبهذه الطريقة عينها يتوصل إلى معرفة ثمن العقار المشفوع فيه إذا بيع مع منقول صفقة واحدة بثمن واحد، كأن تباع دار وسيارة، بأربعة آلاف جنيه، فإن شفيع الدار له الحق فى أخذها دون السيارة، وعندئذ يقدر الثمن كما بينا.

(٢) هذا قول أبى يوسف، وعند محمد إذا كان التالف شجرا أو ثمرا أو زرعا تقوم الأرض عند العقد مزروعة وغير مزروعة، وكذلك الأشجار مثمرة وغير مثمرة، فربما لايكون لذلك وقت العقد قيمة تذكر فيتضرر الشفيع بتقويمه عند العقد، ولذلك يدفع هذا الضرر بأن يقسم الثمن على قيمة الأرض مزروعة وغير مزروعة. فما يخص قيمتها غير مزروعة فهو حصة الأرض، يأخذها الشفيع بذلك، ولاشك أن هذا أعدل، فقد يكون الثمر أو الزرع عند العقد عديم القيمة، فيلزم الشفيع بكل الثمن. بينما المشترى قد انتفع مع ذلك بما يستحقه الشفيع بمقتضى العقد. راجع المبسوط «ج١٤ ص١٣٤» وما بعدها.

(٣) إذا سلم الشفيع الشفعة للمشترى وهو لا يعلم بالشراء فهو تسليم، وإن صدقه المشترى أنه لايعلم ، لأنه صريح بإسقاط حقه بعد الوجوب، وعلمه به ليس بشرط لإسقاطه باللفظ الموضوع له، كالإبراء عن الدين. المبسوط «ج١٤ص١١٣» ومحل ذلك إذا لم يخدع ويسلم على اعتبار أن لاحق له، وأما إذا سلم على هذا الاعتبار ثم ظهر أن له حقا كان له حق الشفعة. المبسوط «ج١٤ ص١٥٨».

داره لأنه يريد بيعها، أو عرض الشريك على شريكه أن يشترى حصنه فأبى، لم يسقط بذلك حقه فى الأخذ بالشفعة عند تمام البيع لغيره. وكذلك إذا قال الجار لجاره أو الشريك لشريكه قبل البيع: لا رغبة لى فى الأخذ بالشفعة، أو قال: لن أطالب بالشفعة إذا تم البيع أو نحو ذلك، لم يلتزم بما قال، وكان له حق الأخذ بالشفعة عند تمام البيع. وفى ذلك خلاف أهل الظاهر وبعض السلف. فقد قالوا: إذا عرض على الشفيع المبيع قبل البيع فرغب عنه لم يكن له بعد ذلك حق طلبه بالشفعة إذا بيع لغيره، وكذلك إذا أعلن أنه لايرغب فى أخذه بالشفعة؛ لأن طلبه بعد ذلك يعتبر تغريرا، ولا يقر على ذلك التغرير.

وكذلك لايقبل الإسقاط من الشفيع بعد أن يتملك المشفوع بالرضا أو بالقضاء؛ لأن إسقاطه فى هذه الحال يعد إسقاطا لحقه فى المشفوع. وليس ذلك الحق إلا ملكا، والملك لايقبل الإسقاط، وإنما يقبل الانتقال بسبب من أسباب نقل الملكية. أو الفسخ برد المبيع بسبب فاسخ للعقد.

(ب) المعاوضة على حق الشفعة، فإذا أسقطه الشفيع نظير عوض مالى سقط حقه ولم يجب له العوض، ومثل ذلك ما إذا باعه، وتوجيه ذلك يكون ببيان نقطتين.

الأولى بيان السبب فى سقوطه، مع أن الشفيع فى واقع الأمر ومعناه: إنما علق سقوطه على مال يجب له عوضا عنه، وهذا المال لم يجب ولم يوجد، والمعلق على غير موجود يعتبر كذلك غير موجود إلى أن يوجد بوجوده. **الثانية:** بيان السبب فى عدم وجوب المال للشفيع بتلك المعاوضة، مع ظهور منفعة المتعاقدين فيها.

فأما عن النقطة الأولى فقالوا: إن هذا التعليق فاسد؛ لأنه يقتضى استحقاق مال بالباطل، فإن الشفعة حق مجرد يتبع الرغبة والمشيئة، ولا أثر له فى المبيع، وما كان كذلك لايعد مالا ولا يستحق به المال، ويكون استحقاق المال به وجعله سببا لذلك مخالفا للمشروع، فيلغو ذلك التعليق لهذا السبب، وإذا لغا ذلك التعليق وبطل بقى الإسقاط وكأنه إسقاط مطلق لاتعليق فيه، فيفيد أثره من سقوط الحق، دون أن يجب به المال، وأما عن **النقطة الثانية**، فقد تبين لنا فى

بيان النقطة الأولى أنهـا معاوضة مـخالفة للمـشروع فتكون باطلة والباطل لايفـيد التزاما[1].

وخالف فى ذلك كثير من المالكية، فأجـازوا إسقاط حق الشفعة نظير بدل[2] وأوجبوا البدل بذلك الشـفيع على من التزمه، ولاشك أن هذا بين [3]. وأما قول الحنفيـة: إن حق الشفعة لايجـوز الاعتياض عنه فـمحل نظر، على أننا إذا سلمنا ذلك لهم لم نجد مبررا للقول بسقوط الحق مع تعليقه على أمر لم يتحقق.

(جـ) التنازل عن الشفعة لبعض الشفعاء. فإذا تنازل شفيع لأحد الشفعاء عن حقه فى الشفعة بعد ثبوته له وكان ذلك قبل تملكه المشفوع، فإنه يسقط لما فى ذلك من الرغبة عنه ثم تكون حصته بين سائر الشـفعاء بالسوية، لايختص بها من صدر التنازل له؛ لأن المتنازل لم يملك بالشفعة شيئا يصح أن يملكه لغيره.

(د) رضا الشفيع بالمشترى، فإذا علم به فرضيه جارا أو شريكا، بأن كان منه مايدل على ذلك سقط حقه فى الشفـعة؛ لأن هذا الحق لم يشرع إلا لدفع مايتوقع من ضرر الدخيل ولايتوقع منه ضرر للشفيع بعد أن رضى عنه.

الثانى- الرغبة عنها دلالة. ويندرج تحت ذلك ما يأتى:

(أ) تأخير طلب المواثبة عن وقته بلا عـذر، كأن يعلم بالعقد وبالمبيع وبالثمن وبالمشـترى، ثم لايبادر إلى الإعلان عن تمـسكه بحقـه فى الأخذ بالشفعـة بلا عذر حتى ينتـهى المجلس، فإذا علم فـقال: على أن أتروى فى الأمـر ونحو ذلك ولم يطلب، سقط حقه فى الشفعة.

(ب) تأخير طلب التقرير عن وقته مـن غير عذر، أو عدم القيام به فى مكانه كما قدمنا. وكـذلك ترك الإشهاد عليه عند من يشترطه فى طلـب التقرير، أما عند من يرى أنه حسن فلا يكون تركه مسقطا للشفعة.

---

(١) وإلى هذا ذهب الشافـعية غير أن منهم من قـال: إن شفعتـه لاتسقط بهذه المبادلة إلا إذا علم أنهـا مبادلة باطلة، فإن كان يظن أن المبادلة صحيحة لم تسقط، روض ‹ج٢ ص٣٧٩›.

(٢) روى عن مالك: إذا أسلم الشفيع الشفعة بعـد الشراء على مال أخذه جاز، وإن كان قبل الشراء بطل ورد المال، وكان على شفعته.

(٣) فى المدونة: ومن وجبت له الشفعـة فجاءه أجنبى فقال له: خذ بشفعتك ولك مائة دينار أو وأربحك فيها، فلا يجوز، ويرد ذلك إن وقع. ولايجوز له أن يأخذ بشفعته لغيره ا.هـ. وبناء على ذلك إذا أخذ الشفيع بالشفعة ليملك غيره بعد ذلك لم يجز، وبطلت شفعته. منح ‹ج٣ ص٥٩٠›.

(جـ) تأخير طلب الخصومة أمام القاضي مع التمكن منه عند غير أبي حنيفة، وقد فصلنا ذلك.

(د) مساومة الشفيع للمشتري في المبيع بعد علمه بشرائه، ولو كان ذلك بعد مطالبته بالشفعة، كأن يطلب منه استئجاره أو شراءه بثمن أقل، أو اشراكه معه فيه؛ لأن ذلك يعد رضا منه بشركته أو بجواره، فإن للإجارة مدة تنتهي بانتهائها، فيعودان خليطين أو جارين، وطلب الشراء بثمن أقل يتضمن عدم الرغبة في المبيع بالثمن المتفق عليه، ويتضمن الرضا بالشركة أو المجاورة مع هذا، وطلب الاشتراك صريح في الرضا بالشركة، ومن يرغب في شركته يرغب في جواره.

أما إذا لم يعلم بالشراء، ولكنه ساومه على زعم أنه قد تملكه بالهبة مثلا لم يسقط حقه إذ لا علم له بثبوت حق له حتى يعد ذلك دليل إعراضه عنه.

(هـ) قيام الشفيع ببيع المشفوع فيه بالوكالة عن مالكه. فإذا وكل الشريك شريكه في بيع حصته أو الجار جاره في بيع داره أو أرضه فباعها له لم يكن لهذا الوكيل حق أخذها بالشفعة بناء على هذا البيع؛ لأن قيامه بذلك يتضمن رغبته عن أخذه بالشفعة، ذلك لأن الوكيل في البيع يعتبر مملكا، وبسبب مباشرته للعقد يكون ملتزما بتسليم المبيع إلى مشتريه وإتمام تلك الصفقة له، فإذا ماجاز أخذ المبيع في هذه الحال بالشفعة كان ساعيا في نقض ما تم من جهته، وكان ذا موقفين متناقضين متعارضين، أحدهما يلزمه بتسليم المبيع وذلك باعتباره بائعا، وثانيهما يجعل له حق استبقائه، وذلك باعتباره شفيعا، فلا يقبل منه ذلك، وهذا بخلاف قيامه بشراء العقار المشفوع فيه بالوكالة عن المشتري [1] لأن قيامه بهذا العقد يعتبر سعيا منه في تحقيق سبب شفعته، ولايكون ملتزما بأن يسلم المبيع إلى مشتريه، لأن له أن يتخلى عن ذلك بسبب أنه بوكالته عنه لايلتزم له بشيء، فلا يكون في موقفه تناقض، فيثبت له حق الشفعة.

(و) اشتراط البائع خيار الشرط للشفيع وقبوله ذلك، فإذا باع شريك حصته في دار وجعل خيار الشرط لشريكه، إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه، فقبل

---

(١) ذهب الشافعي إلى أن الوكيل في البيع أو في الشراء إذا كان شفيعا كان له حق الأخذ بالشفعة فيما باعه لموكله أو اشتراه، وسبب ذلك أن الحقوق لاترجع إلى الوكيل عنده، بل إلى الموكل، فلا يتعارض موقفه بائعا مع موقفه شفيعا، راجع «الروض» ج٢ ص٣٦٧».

ذلك، وأمضى البيع سقطت شفعته؛ لأن إمضاءه دليل رضاه بشركة المشترى، وإن فسخه لم يكن له حق الشفعة أيضا؛ لأنه إنما يثبت بالبيع وقد ارتفع بالفسخ [(١)].
وهذا بخلاف ما إذا شرطه المشترى للشفيع، إذ للشفيع فى هذه الحال قبل إمضاء البيع أو فسخه حق الأخذ بالشفعة لخروج المبيع من ملك بائعه، فإن فسخه فلا شفعة لزوال السبب فى ثبوتها [(٢)]، وإن أمضاه فلا شفعة له كذلك على مايظهر لى؛ لأن إمضاءه مع عدم الحاجة إليه فى ثبوت الشفعة يعد دليلا على الرضا بالمشترى.

(ز) ضمان الشفيع المشترى فى الثمن للبائع، أو ضمانه للمشترى الدرك[(٣)]
فإذا ما ضمن الشفيع للبائع المشترى فى الثمن، أو ضمن للمشترى درك البيع، كان ذلك رضا بتمام البيع للمشترى، فيسقط حقه فى الشفعة.

الثالثـ مطالبة الشفيع ببعض العقار المبيع عند علمه به على رأى محمد، خلافا لأبى يوسف، وقد بينا هذا.

الرابعـ أن يخرج الشفيع العقار المشفوع به من ملكه قبل تملكه المشفوع فيه، سواء أكان يعلم ببيعه أم لا. فإذا باع شخص حصته من الدار المشتركة بعد أن باع شريكه حصته فيها سقط حقه، سواء أكان بيعه لحصته بعد أن طلب الأخذ بالشفعة أم قبل أن يعلم أن شريكه قد باع حصته، وذهب أحمد إلى أن حقه لايسقط إلا إذا كان بيعه لحصته بعد العلم ببيع شريكه، أما إذا باع قبل أن يعلم، وكان بيعه بعد بيع شريكه، كان له حق الأخذ بالشفعة[(٤)]؛ لأن بيعه فى الحال الأولى يعد إعراضا عن حقه، وليس كذلك بيعه فى الحال الثانية، فيكون له حق الطلب لثبوت حقه قبل أن يبيع، وعدم سقوطه بالبيع، لأن أحمد لايشترط أن يبقى الشفيع مالكا لما يشفع به حتى يملك.

---

(١) أى ولم يتحقق قبل ذلك خروج المبيع من ملك بائعه، وهو الشرط لثبوت الشفعة.

(٢) أى ولأن إعراضه عن سببها وشغله برفعه إعراض عنها.

(٣) ضمان الدرك: أن يضمن الشفيع البائع فيما يدرك المشترى من استحقاق للمبيع ونحوه.

(٤) ذهب الشافعى إلى أنه لو باع الشفيع حصته فى العقار المشترى أو بعضها بعد ثبوت السبب ـ وهو العقد ـ وقبل التملك سقطت شفعته، لزوال شركته فى الحال الأولى، ولرضاه بسقوط شفعته فى بعض المبيع فى الحال الثانية، وهى لاتتجزأ بعد وجود السبب روض «ج٢ ص٣٧٨».

الخامس- عدم إحضار الثمن عند القضاء بالشفعة على ماروى عن محمد، ورواه الحسن عن أبى حنيفة ، وقد بينا هذا فيما تقدم.

السادس- موت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع فيه، فيسقط حقه فى الأخذ بالشفعة بموته، ولا ينتقل إلى ورثته، وقد بينا ذلك أيضا فيما مضى.

وقد علمت أن أرجح الآراء عند الحنابلة أن الشفيع يتملك العقار المشفوع فيه بطلبه دون حاجة إلى رضا من المشترى أو قضاء من القاضى، وعلى هذا إذا توفى الشفيع بعد الطلب، فقد توفى وهو مالك للمشفوع فيه، فيورث عنه؛ لأنه عين مالية مملوكة، أما إذا توفى قبل الطلب فلا يكون للوارث حينئذ حق الشفعة لسقوطه بالموت حينئذ.

خلاصة الباب

الشفعة: الشفعة هي حق تملك العقار المبيع من مشتريه بما قام عليه من الثمن والمؤن رضى أم أبى، فإذا اشترك اثنان فى منزل، فباع أحدهما حصته فيه لثالث، كان لشريكه الحق فى أن يتملك هذه الحصة من مشتريها، فيأخذها منه بما دفع فيها من ثمن، وبما أنفق فيها من مصاريف ضرورية ، رضى بذلك أم أبى. ويسمى هذا الحق بالشفعة، وصاحبه بالشفيع، والمبيع بالمشفوع، أو المشفوع فيه، وما يملكه الشفيع من عقار يستحق به الشفعة يسمى بالمشفوع به، ويستعملون «شفع» بمعنى أخذ بالشفعة، وهى تشريع إسلامى محض ثابت بالسنة فقط، لرفع الضرر عن الشريك أو الجار، وهو الضرر المتوقع من الدخيل. وتثبت عند الحنفية بواحد من ثلاثة:

(١) الشركة فى العقار المبيع، فإذا بيعت حصة من دار لأجنبى عن الشركاء، كان للشركاء فيها حق أخذها منه، وإذا بيعت لأحدهم كان لهم حق الاشتراك معه، وفى الحالين يقسم المبيع على رؤوسهم إن تعددوا، لافرق بين شريك فى كل الدار، وشريك فى ناحية منها، وذهب الشافعى ومالك وأحمد إلى أن المبيع يقسم بين الشركاء عند تعددهم قسمة تتناسب مع حصصهم فى العقار المشترك الذى بيعت حصة منه.

وثبوت الشفعة بالشركة فى العقار ليس محلا لخلاف أحد إلا أبا بكر الأصم.

(٢) الشركة فى حق العقار الخاص، والمراد به: الطريق الخاص، وهو الذى يملك الشركاء فيه حق منع غيرهم من استطراقه، والشرب الخاص، والمسيل الخاص، ويعد كل منهما خاصا إذا كان الشركاء فيه أقل من مائة، أما إذا بلغ الشركاء فيه مائة أو زادوا فإنه يعد عاما.

ولا حق لهؤلاء فى الشفعة إلا إذا لم يوجد شركاء فى العقار المبيع، أو وجدوا وتنازلوا جميعا عن حقهم فى الشفعة، وروى عن أبى يوسف : أن وجود الشريك فى العقار المبيع يمنع الشركاء فى حقوقه الخاصة من حق الشفعة، حتى بعد

وإذا اجتمع الشركاء فى الحقوق الخاصة، ولم يوجد معهم شريك فى العقار، أو وجد وتنازل عن حقه قدم الشريك فى الشرب، ثم الشريك فى الطريق، ثم الشريك فى المسيل، وهذا السبب ينفرد به الحنفية.

(٣) الجوار، والمراد به: الجوار الملاصق ، ولافرق بين جار من جانب، وجار من ثلاثة جوانب، ولابين جار ملاصق بمقدار شبر، وجار ملاصق فى باقى الحدود، وليس للجيران حق الشفعة إلا إذا لم يوجد شفعاء بالشركة فى نفس العقار، ولا شفعاء بالشركة فى حقوقه، أو إذا وجدوا وتنازلوا جميعا عن حق الشفعة.

ولايمتاز أى شفيع عن آخر فى مرتبته بتعدد أسباب شفعته؛ كأن يكون شريكا وجارا، والآخر شريك فقط، ويعتبر من الجوار: اتصال العلو بالسفل.

شروط الشفعة: يشترط فى المشفوع فيه شرطان:

أولهما - أن يكون عقارا، سواء أكان عينا مفرزة أم حصة فيها، كبيرا متسعا أم صغيرا ضيقا. ولايثبت حق الشفعة فى منقول، إلا إذا كان تابعا للعقار، وبيع معه فى صفقة واحدة، ويعتبر تابعا له إذا كان متصلا به، كاتصال البناء والشجر والزرع، أو متصلا بذلك، كاتصال الثمر بالشجر والبلح بالنخل، أو كان أداة من أدوات استثماره، كآلات الحراثة وما أشبهها بالنسبة للأرض المنزرعة، فإذا بيع شىء من ذلك استقلالا لم يثبت فيه حق الشفعة، وإذا بيع مع العقار ثبت فيه حق الشفعةتبعاً للعقار، وألحق الحنفية العلو بالعقار فى ذلك. وذهب بعض السلف إلى أن الشفعة تثبت فى كل مال مشترك ولو كان منقولا.

ثانيهما - أن يخرج العقار من ملك صاحبه خروجا باتا، نظير عوض هو مال، فلا شفعة فى عقار بيع بعقد موقوف إلا إذا نفذ، ولا شفعة فى عقار بيع بيعا فاسدا إلا إذا امتنع رد المبيع إلى بائعه بسبب من الأسباب الموجبة لذلك، ولاشفعة فى عقار اختص به شريك بسبب قسمة، أو ملك بهبة، أو بوصية أو بوراثة، ولا شفعة فى عقار جعل مهرا أو أجرة فى إجارة أو بدل طلاق، وخالف فى ذلك الشافعى ومالك فأثبتا الشفعة فيما قوبل بالمنفعة من العقار، غير أن الشافعى يلزم الشفيع بقيمة المنفعة، ومالكا يلزمه بقيمة العقار وهو أعدل.

وإذن لاتكون الشفعة إلا فى عقار بيع نظير مال مثلى، فيدفع الشفيع لمشتريه مثله، أو نظير مال قيمى، فيدفع الشفيع لمشتريه قيمته. ولذا تثبت الشفعة فى البدلين، إذا قويض عقار بعقار.

وفى حكم العقار المبيع،: عقار وهب بشرط عوض، غير أن الحق لايثبت فيه إلا بعد التقابض فى البدلين؛ لأن الملك لايتم إلا به، وكذلك تثبت فى عقار دفع صلحا؛ لأنه بيع نظير الحق المطلوب، أما العقار إذا طلب فصولح عليه لم تثبت فيه شفعة إلا إذا كان الصلح بعد الإقرار به.

ويشترط فى المشفوع به شرطان:

أولهما ـ أن يكون عقارا، فلا تثبت بمنقول، وعلى ذلك لو استأجر شخص أرضا للبناء ثم باعها مالكها لم يكن لمالك البناء حق الشفعة فيها، وقد ألحق الحنفية العلو بالعقار فتثبت به الشفعة كما تثبت فيه. ويرى محمد أن حق العلو فى معنى البناء المستعلى، ولذا أثبتها لصاحبه عند انهدام العلو، خلافا لأبى حنفية وأبى يوسف.

ثانيهما ـ أن يكون مملوكا للشفيع وقت المعاوضة، وأن تستمر الملكية إلى وقت تملكه بالشفعة، فإذا باع الشفيع عقاره قبل أن يتملك بالشفعة سقط حقه، لزوال ملكه، ولم يكن للمشترى منه حق الشفعة لأنه لم يكن مالكا وقت المعاوضة، ولذا لايثبت لوارث الشفيع حق الشفعة؛ إذا ماتوفى مورثه قبل التملك، خلافا لمالك والشافعى فإنهما يورثانه حق الشفعة.

طلب الشفعة: لايتملك الشفيع المشفوع فيه إلا إذا طلب الأخذ بالشفعة، ولا يترتب على هذا الطلب أثره إلا إذا توافر أمران:

الأول ـ أن يعم جميع المبيع، حتى إن الشفيع إذا كان له شركاء فى الشفعة لم يكتف منه بأن يطلب حصته فيه، بل يلزمه أن يطلبه كله، فربما عدل غيره عن الشفعة، فيتجزأ المبيع على بائعه أو على مشتريه، وذلك ضرر. وعليه إذا طلب حصته فقط بطل حقه عند محمد، ما لم يسبق هذا الطلب طلبه للجميع، ولم يكن ذلك مسقطا لحقه عند أبى يوسف ولكن لايترتب عليه الإعطاء، ويجب لكى يأخذ

أن يطلب كل المبيع، وإذا تنازل الشفيع بعد ذلك عن حقه في الشفعة لأحد شركائه فيها كانت حصته بين جميع الشفعاء لايختص بها المتنازل له.

الثانى ـ أن يصدر الطلب على الوجه الآتى: فيجب أن يطلب فى مجلس علمه بالبيع والمبيع والثمن والمشترى، سواء أعلم بذلك بعد حصوله مباشرة أم بعد سنين، ويتحقق العلم بأى طريق يفيد الظن عادة، ويجب أن يصدر الطلب فى المجلس بحيث لايفصل بينه وبين العلم بذلك مايعد إعراضا منه عن الشفعة، كشروعه فى عمل آخر، ولذا سمى هذا الطلب **بطلب المواثبة** أى المبادرة، ثم بعد ذلك يتبعه **بطلب التقرير**، ويلزم أن يكون عند المبيع، أو عند المشترى، أو عند البائع إذا كان المبيع لايزال فى يده، ويشترط فيه بعض الفقهاء الإشهاد عليه، وبه يتقرر حقه فى الشفعة، فلا يسقط إلا بالإسقاط الصريح.ويجب ألا يمضى بين هذين الطلبين زمن يتمكن فيه من طلب التقرير، ثم لايبادر إليه فيه، فإن مضى مثل هذا الزمن دون أن يحصل فيه بطل حقه فى الشفعة، وقد ينوب طلب التقرير مناب طلب المواثبة، إذا حصل العلم فى مجلس فيه المشترى أو عند المبيع، فطلب الشفيع الشفعة عند ذلك.

وإذا سلم المشترى المبيع للشفيع بناء على هذا الطلب فقد تملك، وإذا أبى عليه احتاج الشفيع إلى **طلب ثالث**، وهو طلب الخصومة أمام القاضى، فيرفع الشفيع إليه الأمر، ويقضى له القاضى بعد الإثبات، وقد اختلف فى وقت هذا الطلب، فقال أبو حنيفة: يرفعه فى أى وقت شاء؛ لأن حقه متقرر، وروى عن أبى يوسف: أنه لايجوز تأخيره عن أول مجلس يتمكن فيه من ذلك، وإلا سقط حقه. وقال محمد وزفر: لايؤخر أكثر من شهر بعد طلب التقرير.

وإذا كان الشفيع قاصرا، قام وليه مقامه فى المطالبة بالشفعة على الوجه المتقدم،فإذا لم يطلب وليه على هذا الوجه سقط حقه، حتى لايكون له حق الطلب بعد تمام أهليته، وروى عن محمد: أنه إذا كان البيع بمثل القيمة أو بأقل منها، ولم يطلب الولى لم يسقط حقه، وكان له الطلب عند تحقق أهليته.

ولا يشترط فى القضاء بالشفعة إحضار الشفيع الثمن، بل يقضى له، ويصير الثمن دينا فى ذمته، وإذا أجل الفصل فيها لكى يحضر الثمن فى موعد معين،

فلم يحضره فيه لم يسقط حقه فى الشفعة. وروى عن محمد: أن حقه يسقط فى هذه الحال. غير أن عدم إحضار الثمن يجعل لمن فى يده البيع حق حبسه عنده حتى يأخذ الثمن، ولاتنقض الشفعة.

وإذا كان بعض الشفعاء غائبا، ولم يعلم بالبيع لم يسقط حقه فى الطلب، وإن طالت غيبته سنين عديدة، فإذا حضر فطلب، فإن كان قد طلبها من هو أعلى مرتبة لم يكن له حق إلا إذا تركها وتنازل عنها قبل القضاء بها. وإن كان قد قضى بها لمن هو أدنى منزلة منه كان له حق أخذ المبيع منه، لأنه أولى منه، وإن كان فى مرتبته شاركه فى المبيع، كأنه كان حاضرا معه وقت التملك بالشفعة.

الملك بالشفعة: يملك الشفيع العقار المشفوع فيه إما بتسليمه عن رضا من المشترى، فيكون ملكه من وقت تسلمه، وإما بقضاء القاضى عند إباء المشترى، فيملكه من وقت القضاء وإن لم يتسلمه.

ويعتبر الشفيع مشتريا للعقار المشفوع فيه، ويعتبر المشترى بائعا له، إن كان قد تسلمه من بائعه، فإن لم يكن تسلمه اعتبر البائع للشفيع هو البائع، وكأن إيجابه الذى وجه إلى المشترى أولا قد وجه إلى الشفيع بحكم القضاء، ولذا يكون للشفيع باعتباره مشتريا ما للمشترى من خيارات، عدا خيار الشرط، فيرد بالعيب، ويرد عند الرؤية على من تسلم منه. فإن رده على المشترى نفذ شراؤه الأول ولزم، وإن رده على البائع كان للمشترى أن يتمسك بعقده السابق جبرا عن البائع وألا يتمسك به.

مايجب على الشفيع أداؤه: يتملك العقار بما قام على المشترى من ثمن ونفقات ضرورية للعقد، فيؤدى إليه مثل ذلك، إن كان مادفعه المشترى مثليا، وقيمته إن كان قيميا، كما فى مقايضة عقار بعقار. فتثبت الشفعة فى البدلين بقيمة كل منهما بالنسبة إلى الآخر.

وإذا تم العقد على ثمن معين فحط منه بعضه بواسطة الإبراء أو الهبة أو الرد ظهر ذلك فى حق الشفيع، سواء أكان ذلك قبل أداء الثمن إلى البائع أم بعده، وللشفيع إذا دفع الثمن بتمامه أن يرجع بالقدر الذى نقصه البائع من الثمن على المشترى، ولكن إذا تنازل البائع عن الثمن كله لم يظهر ذلك فى حق الشفيع. ولذا

لايظهر بالنسبة إليه، ويأخذ المبيع بكل الثمن إن كان التنازل عنه بعد قبضه، وبقيمة المبيع إن كان قبل قبضه.

أما الزيادة فى الثمن بعد العقد فلا تظهر فى حق الشفيع لثبوت حقه فى الأخذ بالثمن الأول دون زيادة.

تأجيل الثمن: وإذا كان الثمن مؤجلا على المشترى لم يتأجل على الشفيع؛ لأن التأجيل قد يكون لثقة البائع بالمشترى ووفرة ثرائه ومعرفته بالوفاء، ولايعرف ذلك فى الشفيع، وهذا مذهب أئمتنا الثلاثة. وذهب زفر إلى أنه يتأجل؛ لأن للتأجيل دخلا فى قيمة الثمن، إذ عند تساوى المبلغين يكون الحال منهما أكثر قيمة من المؤجل، والشفيع يأخذ بمثل ماتملك المشترى، وذهب أحمد إلى أنه يتأجل إن كان الشفيع موسرا، فإن كان معسرا لم يتأجل إلا إذا وثقه برهن أو كفيل. وعلى قول أئمتنا يكون الشفيع مخيرا بين أن يؤدى الثمن حالا ويأخذ المبيع، وعند ذلك لايحل الثمن على المشترى للبائع بل يبقى على أجله، وإما أن ينتظر فلا يطالب بتسليم المبيع إلا بعد حلول الأجل، وعند ذلك يدفع الثمن ويتسلم المبيع.

تصرف المشترى فى البيع: المشترى يملك المبيع بمجرد شرائه، فتكون له جميع حقوق المالك ملكا تاما، ينتفع ويتصرف كما يشاء، ولكن إذا تصرف فقضى للشفيع بالشفعة كان ذلك نقضا لتصرف البائع وإبطالا له، ولو كان وقفا، إذا كان هذا التصرف يحول دون حق الشفيع.

نماء المشفوع فيه: وكل نماء يظهر بعد العقد إذا كان منفصلا متولدا أو غير متولد كأجرة العقار وإثمار الشجر فيتسلمه المشترى قبل تملك الشفيع يكون للمشترى خالصا؛ لأنه نماء ملكه، أما إذا بقى الثمر على الشجر حتى تملك الشفيع فإنه يتبع حينئذ أصله، ويكون ملكا للشفيع.

الزيادة فى المبيع: إذا زاد المشترى فى المبيع بعد شرائه وقبل تملك الشفيع فإن كانت لاتقبل الانفصال، كإصلاح الأرض بشق مصارفها ومراويها وغسلها وطلاء جدر الدار وأخشابها فإن الشفيع يجب عليه إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يأخذ العقار بثمنه مضافا إلى الثمن مقدار ما أحدثته هذه الزيادة فى قيمته من زيادة عما كانت عليه قبلها.

وإن كانت تقبل الانفصال بلا ضرر يحدث بالعقار عند انفصالها، وكان لها نهاية معلومة كالزرع، فإن العقار يبقى فى يد المشترى إلى أن يحصد الزرع، ولايمنع ذلك أن يقضى للشفيع بشفعته، وعليه أجر مثل الأرض عن هذه المدة، وقيل: يتأخر القضاء له بالشفعة إلى وقت الحصاد، ولا يستحق أجرا على هذا التأخير، وإن لم يكن للزيادة نهاية معلومة كالبناء، فإن لم يضر رفعه بالأرض كان للشفيع أن يكلف المشترى هدمه ورفع أنقاضه، كما يكون ذلك للمشترى نفسه، ولهما أن يتفقا على بيع البناء للشفيع بقيمته مستحق القلع، وإن كان رفعه يضر بالأرض لم يمكن المشترى من رفعه إذا أراد، ويتملكه الشفيع جبرا بقيمته مستحق القلع.

وذهب أبو يوسف - رحمه الله تعالى - إلى أن المشترى محق فى زيادته، وعلى ذلك لا يعامل بأية حال معاملة المعتدى، وذلك يقتضى إلزام الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يأخذ الزيادة بقيمتها قائمة، وهذا مذهب الشافعى ومالك. وهو مذهب أحمد إذا زيدت الزيادة بعد طلب الشفعة.

نقص العقار فى يد المشترى: إذا كان النقص فى التبع، وهو مايدخل فى عقد البيع تبعا من غير نص عليه، كالبناء والشجر، وكان ذلك من غير تعد كأن حدث زلزال مثلا فانهدم البناء، أو حدثت آفة أصابت الشجر وأتلفت الثمر، لم ينقص الثمن بسبب ذلك إذا أراد الشفيع الشفعة، ومايتخلف عن ذلك من نقص فهو للمشترى بحصته من الثمن فيقوم النقص عند حبسه عن الشفيع أى عند استيلاء المشترى عليه وينسب إلى قيمة المبيع كاملا عند العقد، وعلى أساس ذلك تقتطع حصة النقص من الثمن.

وإن كان بتعد فإن الشفيع يأخذ العقار بحصته من الثمن، وإن كان النقص فى الأصل أو فيما نص عليه فى العقد، فإن الشفيع يأخذ باقى المبيع بحصته من الثمن، سواء أكان ذلك النقص بغير اعتداء أم باعتداء، وطريقة معرفة حصة الباقى من الثمن: أن يقوم المبيع كاملا عند العقد، ثم يقوم ناقصا كذلك عند العقد، ثم تنسب القيمة الثانية إلى القيمة الأولى فتكون هذه النسبة هى نسبة حصة الباقى من الثمن إلى الثمن جميعه.

مسقطات الشفعة: يسقط حق الشفعة بما يأتى:

(١) بالتنازل عنه بعد ثبوته، أما التنازل عنه قبل ثبوته فباطل، وعلى هذا لايبطل بوعد الشفيع بألا يطلب بالشفعة. ومن التنازل عنه: المعاوضة على إسقاطه فيسقط ولا يستحق العوض؛ لأنه يعتبر حينئذ بمنزلة رشوة، وكذلك التنازل عنه لبعض الشفعاء فيسقط ويكون المشفوع فيه كله للباقى من الشفعاء.

(٢) رضا الشفيع بمشاركة المشترى أو بجواره، ومن ذلك: كفالة المشترى فى الثمن ومساومة الشفيع المشترى فى تأجير العقار أو فى بيعه.

(٣) تأخير أى طلب من طلبات الشفعة عن وقته.

(٤) قيام الشفيع ببيع العقار بالوكالة عن مالكه، لا قيامه بشرائه بالوكالة عن مشتريه.

(٥) خروج العقار المشفوع به كله من ملك الشفيع قبل التملك.

(٦) مطالبة الشفيع ببعض العقار عند محمد.

(٧) موت الشفيع.

باب العقد

العقـد فى اللغة: له معـان كثيـرة يظهر فيـها معنى الربط والشـد والتوثيق والإحكام والقـوة والجمع بين شيـئين، مما يجـمعـه ويتـضمنه فى الواقع مـعنى الربط[1].

والمعنى الفقهى لهذه الكلمة لايبعد عن هذا المعنى اللغوى، لأنه ضرب منه، وصورة من صـوره، فإذا قلت لصديق لك: بعتك هذا الكتـاب بخمسيـن قرشا، فأجابك بقوله: قبلت، فإنك قـد التزمت بكلامك أن يصير الكتاب ملكا للصديق نظير أن تملك من أمواله خمسين قرشا، وقد التزم الصديق كذلك أن يكون لك من أمواله هذا المبلغ نظيـر أن يملك هو هذا الكتاب، وربط هذين الالتزامين أحدهما بالآخر ـ بإنشائهما فى موضوع واحد، (وهو تبادلكما الكتاب والثمن) على وضع جعل فـيه الثانى قبـولا للأول وإقرارا له، حتى صار بذلك تملك أحـدهما مرتبطا بتملك الآخر بحيث لايوجدان إلا معا، ولاينفك أحدهما عن الآخرـ هو العقد أو مايسميه الفقهاء بالعقد[2]، وأول هذين الكلامـين هو مايسـمونه إيجـابا، لأنك توجب على نفسك أن تـتخلى عن ملكية الكتـاب لصاحبك ليكون مـلكا له نظير أخذك هذا المبلغ. وثانيهما هو مايسمونه قبولا، لقبول صاحبك به ماعرضته عليه، ويسمون ارتباط أحد هذين الكلامين بالآخر، واتصاله به على الوجه الذى شرحناه انعقادا. وسنشرح لك فيما يأتى معانى هذه الأسماء.

معنى العقد عند الفقهاء: من البيان المـتقدم، نستطيع أن نعرّف الـعقد عند

---

(١) الربط المعنى الأصلى بكلمة العـقد على مايظهر من بيـان اللغويين، يقال: عقدت الحـبل عقـدا من باب ضرب، أى شددته وقـويته، أو جمعت طرفيه فـقويت الاتصال بينهما واحكمـته بالعقد عليهمـا. وقد جعلت دلالة هذه المادة على الربط الحسى أساسا لاسـتعمالها كذلك فى الربط المعنوى بين كلامـين أوجين متعاهدين، فقيل: عقدت البـيع، وعقدت العهد، كما اسـتعملت فى كل مايعقده العاقد، فـيلزم به نفـسه ويربطها به من فعل يأتيه فى المـستقـبل، وكذا فى كل مايعقد على غيره أن يفعله على وجـه الإلزام فيربطه به، ومن هذا سمى اليمين على فـعل أمر فى المـستقبل عـقدا، لأن الحالف يلزم به نفسـه، ويرتبط بأن يـفى بما حلف عليه، وسمى كذلك العـهد والأمـان عقدا، إذ يرتـبط بهما من أعطاهـما، وكذلك كل مـايشـترطه الإنسان على نفـسـه فى المستقبل.

(٢) وقد أطلق عليه الكتاب الحكيم اسم «عقـدة» قال تعالى فى سورة البقرة: ﴿ولاتعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾ أى لاتوجدوا أو لا تحقـقوا عقدة هى النكاح، فـسمى عقد النكاح عـقدة، لأنه يربط بين الزوجين. ويصح أن يكون أساس هذه التسمية ماجرت به عادة العرب حين التعاقـد من أن أحد العاقدين كان يضع يده فى يد العاقد الآخر متعاقدين.

الفقهاء بأنه الربط بين كلامين «أو مايقوم مقامهما» صادرين من شخصين، على وجه يترتب عليه أثره الشرعى. وقد علمت أن ذلك الربط لايتم إلا باتحاد موضوعيهما وجعل ثانيهما إقرارا لأولهما ورضا به، بحيث يفهم من مجموعهما وجود إرادتين متوافقتين على إنشاء التزام شرعى مطلوب لهذين الشخصين، ففى المثال المتقدم صدر منك ومن صديقك عبارتان «هما: بعتك هذا الكتاب بخمسين قرشا، وقبلت» اتحد موضوعهما وهو التبادل بين الكتاب والثمن. وصدرت الثانية - وهى قبلت إقرارا للأولى - وهى بعتك الكتاب بخمسين قرشا - ورضا بها على وجه يتبين منه وجود إرادة منك بتملك الثمن من صديقك، وتركك الكتاب له والتزامك بذلك عند رضاه، ووجود إرادة من صديقك بالتزامه الثمن لك وأخذ الكتاب منك، والتزامه لك بذلك مقابل التزامك، وأنكما بهذين الكلامين المعبرين عن الإرادتين أنشأتما التزاما شرعيا مطلوبا لكما، وهو تبادلكما الكتاب والثمن.

وستعلم مما يأتى أن العقد كما يتحقق بالربط بين كلامين لشخصين على الوجه المبين يتحقق كذلك بين كلام من أحد الطرفين وفعل من الآخر يدل على إرادته، سواء أكان كتابة أم إشارة أم تسلما، كما إذا قال أحدهما: كل هذا الطعام بقرش، فأكله فى الحال، أو قال أحدهما: بعتك هذا الكتاب بعشرة قروش، فكتب: قبلت، وهكذا. وكذلك يتحقق العقد بالربط بين مايقوم مقام الكلامين فى الإفهام والتعبير عن إرادتى الطرفين من فعلين يصدران منهما أو إشارتين مفهمتين، كما فى البيع بتسليم المبيع وأخذ الثمن دون أن يصحب ذلك تكلم، وهو مايسميه الفقهاء ببيع التعاطى، وكما فى البيع بواسطة الكتابة أو بواسطة الإشارة بين أخرسين، إذ يترتب على ذلك أثره الشرعى، وهو انتقال ملكية المبيع إلى المشترى، وانتقال ملكية الثمن إلى البائع.

ومن هذا تتبين أن المناط فى وجود العقد على وجه الإجمال هو التحقق من وجود إرادتى العاقدين وتوافقهما على إنشاء التزام شرعى بينهما بما يدل على ذلك من عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل، وسيأتى لذلك زيادة بيان.

وكثيرا ما يطلق العقد ويستعمل فيما يتم به الارتباط بين العاقدين، من كلامين أو كتابتين أو إشارتين أوفعلين أو لفظ وفعل، فيسمى مجموع: بعت كذا

بكذا، وقبلت ذلك: بعقد البيع، وهكذا، وقل أن نجد فى عبارات الفقهاء عند شرحهم للعقود التفصيلية غير هذا، فيريدون بالعقد الكلامين المرتبطين، أو مايقوم مقامهما.

ذلك العقد عند الفقهاء فى أكثر إطلاقاته لايعنون به فى أكثر عباراتهم إلا الالتزام الذى ينشأ بين طرفين أو مايتم به هذا الالتزام، أما مايكون من طرف واحد، فلا يسمى عقدا على هذا المعنى، وإنما يسمى التزاما أو تصرفا، وذلك كالوقف لأنه يتم من المالك وحده، دون أن يشركه فيه شخص آخر. وكذلك الطلاق المجرد عن المال. ومثله العتق والتنازل عن الحقوق، كالتنازل عن حق الشفعة أو عن حق المرور أو المسيل أو عن رد المبيع بسبب عيب يظهر فيه، كل ذلك لايسمى عقداً على المعنى المتقدم، وإنما يسمى تصرفا، أو التزاما، إذا كان ملزما. فإن لم يكن ملزما سمى وعدا أو عدة، كأن تقول لآخر: سأقرضك عشرين جنيها، أو سأسافر معك غدا.

وللعقد استعمال آخر أعم من هذا فإنك تجد بعض الفقهاء عندما يبينون الأحكام العامة للعقود، ويفصلون قواعدها الأساسية يستعملون كلمة العقد، ويريدون بها جميع الالتزامات الشرعية، سواء أكانت نتيجة اتفاق بين طرفين أم كانت نتيجة إرادة شخص واحد أراد أن يلزم نفسه بالتزام شرعى خاص. وترى هذا فى كتب المالكية والشافعية والحنابلة، أظهر منه فى كتب الحنفية، وهو بهذا أقرب إلى معناه اللغوى. وهو به أعم منه بالمعنى الأول؛ لأنه فى هذا الاستعمال ينتظم جميع الالتزامات التى تنشأ بإرادتين كالبيع والإجارة، وما إلى ذلك، والتى تنشأ بإرادة واحدة، كالوقف والطلاق والإعتاق والإبراء، وكذلك ينتظم جميع التبرعات عند من يرى أنها تتم من جانب واحد هو المتبرع، كالهبة والصدقة والوصية، وسيأتى بيان ذلك. وعلى هذا يكون للعقد عند الفقهاء معنيان: معنى خاص وهو الأكثر تداولا واستعمالا، وذلك مابيناه ابتداء، ومعنى عام وهو ينتظم جميع الالتزامات الشرعية، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة التزام، ولايزال أخص من كلمة تصرف؛ لأن التصرف ينتظم الالتزام وغير الالتزام، كالاستهلاك والانتفاع وغيرهما.

ركن العقد [1]: الإيجاب والقبول

مما قدمنا يتبين أن كل عقد «بالمعنى الخاص» يتكونُ من عبارتين مرتبطتين صادرتين من شخصين هما: العاقدان. وقد علمت أن أولاهما تسمى إيجابا، وثانيتهما تسمى قبولا، ومجموعهما يسمى كذلك بالعقد كما بينا، وإذن فالإيجاب والقبول المرتبطان أحدهما بالآخر ركنا العقد «بالمعنى الخاص» ولايتكون إلا منهما، أو مما يقوم مقامهما كما ذكرنا من قبل [2].

الإيجاب والقبول: الإيجاب ماصدر ابتداء من أحد العاقدين، والقبول ماصدر ثانيا من الآخر رضا به والتزاما [3]، إذا قال شخص لآخر: بعتك هذا القلم بكذا كان منه إيجابا، وإذا أجابه الآخر بقوله: قبلت كان ذلك قبولا. وإذا كان المبتدئ من يريد الشراء، فقال: اشتريت هذا القلم بكذا، كان إيجابا وإذا أجابه البائع بقوله : قبلت ذلك، أو ما فى معناه كان قبولا [4].

---

(١) ركن الشيء: مايتوقف عليه وجوده لأنه جزء منه، فلا يكون وجود فى الخارج إلا بوجوده، كالورق والكتابة بالنسبة للكتاب، ومواد البناء بالنسبة للجدار، أما العامل فليس بركن لهما.

(٢) ذلك هو اصطلاح الحنفية، ويرى بعض الشافعية والمالكية أن أركان العقد تتكون من العاقدين والإيجاب والقبول ومحل العقد، فأركان البيع مثلا: البائع والمشترى وعبارتاهما والمبيع والثمن، وذلك مبنى على أنهم يريدون بركن الشيء ما لابد منه لتصور الشيء فى العقد، سواء أكان جزءا منه أو مختصا به وإن لم يكن جزءا منه، كالعاقدين والمعقود عليه، واصطلاح الحنفية أدق، إذ إنه يعين على تمييز الأشياء بحقائقها وأجزائها، وذلك أيسر فى تعرفها. راجع أسنى المطالب وحاشية الرملى عليه والشرح الكبير للدردير.

(٣) لايرى المالكية والحنابلة ذلك، بل الإيجاب عندهم ماصدر من المملك وإن تأخر، والقبول ماصدر من المتملك وإن تقدم، راجع الحطاب ومنح الجليل والمغنى.

(٤) وهذا إنما يظهر بوضوح فى المعاوضات؛ لأن كلا من العاقدين فيها ملتزم ومستوجب بعبارته على نفسه أداء ماذكره من عوض، فأيهما ابتدأ كانت عبارته إيجابا، وكان الثانى قابلا لما عرضه الأول. أما فى التبرعات كالهبة والصدقة فلا يظهر، لأننا إذا أخذنا برأى من يرى أنها تتم من طرف واحد وهو المتبرع لم تكن إلا من الإيجاب وحده ولايتوقف وجودها وإنشاؤها حينئذ على القبول، ثم هى لاتحتاج إليه عندئذ إلا فى ظهور أثرها إذا كان ذلك الأثر تملك المتبرع له، فتحتاج إلى قبوله حتى لايدخل فى ملكه شيء جبرا عنه، وعلى هذا لايكون القبول ركنا لها ولاتعد من العقود التى نحن بصدد بيان أركانها وإن أخذنا برأى من يرى أن الهبة والصدقة لاتتم كل منهما إلا بالقبول وجدنا أن الإيجاب لايوجد إلا من الواهب أو المتصدق لأنه الموجب على نفسه خروج ماتبرع به من ملكه ليكون ملكاً لغيره، أما الموهوب له أو المتصدق عليه فلا يلتزم بشيء إذا مابتدأ الكلام، وليس له فى الأمر إلا أن يقبل تملك ما أعطى، وذلك لايكون إلا بعد تحقق الإعطاء، وهو مايكون بإيجاب المتبرع ابتداء، راجع حاشية أبى السعود على ملا مسكين فى كتاب الهبة. وبناء على ذلك إذا قلت لآخر: هبنى هذا الكتاب، أو أستوهبك هذا الكتاب، فأجابك بقوله : وهبته لك، كان الإيجاب هو الكلام الثانى ، ولم يكن الأول إلا طلبا للهبة، ولزم لتمام العقد أن تقبل بعد ذلك أو أن يكون منك مايقوم مقام القبول. وقد جاء فى فتح القدير: أن عقد الهبة يتم بهذين الكلامين، بلا حاجة إلى القبول من المستوهب، وقد يكون هذا مبنيا على الرأى الأول. وقد يرى باحث أن الإيجاب يتصور كذلك من الموهوب له إذا ما ابتدأ الكلام. فقال لآخر: هبنى هذا الكتاب، ويعد هذا إيجابا. ويعد قول الآخر: وهبتكه قبولا. ذلك لأن قول الموهوب له: هبنى هذا الكتاب إلزام لنفسه بأنه يدخل الكتاب فى ملكه عندما يقبل الآخر فيهبه، وهذا كاف فى تحقق الإيجاب، وقد يؤيد هذا مانقلناه آنفا عن فتح القدير.

انعقاد العقد: يراد بانعقاد العقد: وجوده فى نظر الشارع واعتباره قائما، وإن لم يكن سليما من العيوب [١].

ويتحقق للعقد وجوده بتحقق الارتباط بين الإيجاب والقبول، وإنما يتحقق الارتباط بينهما عند توافر الشروط الآتية:

(١) أن يكون كل من الإيجاب والقبول معبرا عن إرادة معتبرة فى إنشاء العقد، وذلك بأمرين:

أحدهما: أن يكون كل منهما واضح الدلالة على وجود تلك الإرداة، فإن كانت دلالته على وجودها محل احتمال وشك لم يوجد الارتباط؛ لأن الارتباط فى الواقع إنما يوجد بين الإرادتين اللتين يستدل عليهما بالإيجاب والقبول، وذلك يعتمد التحقق من وجودهما.

ثانيهما: أن يصدر كل منهما من شخص مميز، حتى تكون إرادته معتبرة، فإن صدرا من مجنون أو نائم أو صبى لايعقل لم يتحقق الارتباط؛ لعدم وجود الإرادة المعتبرة إذ لا إرادة لهؤلاء ومن فى حكمهم، وسيأتى لذلك زيادة بيان عند كلامنا على العاقد.

(٢) أن يتحد موضوعهما، وذلك بتوافقهما على معنى واحد، فيصدر القبول موافقا للإيجاب، سواء أكانت موافقته للإيجاب حقيقية كما إذا قالت امرأة لشخص: تزوجتك على ألف جنيه، فقال : قبلت، أم كانت موافقة ضمنية، كما إذا أجابها فى الصورة السابقة بقوله: قبلت زواجك بألفى جنيه، فإن قبول تزوجها بالألفين متضمن لقبوله تزوجها بالألف بطريق أولى، غير أنه لايلزم إلا بالألف؛ لأن التعاقد بينهما ماكان إلا عليه، ولايلزم بالألفين إلا إذا قبلتهما الزوجة فى نفس المجلس، فإن الزوج لا يستطيع أن يدخل فى ملكها شيئا جبرا عنها، ولكن إذا أجابها بقوله: قبلت زواجك بخمسمائة، لم يكن ذلك موافقا للإيجاب، ولم يعد قبولا، وإنما يعد إيجابا مبتدأ من قبله، ولايتم العقد به إلا إذا أعقبه قبول

---

(١) وستعلم فيما يأتى أن ذلك رأى الحنفية وأن رأى الجمهور على خلافه إذ يرون أن العقد لايعتبر موجودا فى نظر الشارع، وإن شئت قلت: لاينعقد إلا إذا سلم من جميع عيوبه التى نهى عنها الشارع كما سيأتى تفصيله.

موافق له من الزوجة، وهكذا الحال فى كل قبول جاء مقيدا بوصف أو شرط لم يصدر به الإيجاب [1].

(٣) أن يكون محلهما قابلا لحكم العقد شرعا، فإن كان غير قابل لحكمه شرعا بأن يكون الشارع قد نهى عن أن يكون محلا للعُقد، فلا يتحقق الارتباط، ولهذا كان بيع ماليس بمال - كالميتة - بيعا باطلا لا وجود له، ولايتحقق فيه ارتباط بين الإيجاب والقبول، ومثل ذلك استجار النائحة للنوح، وسيأتى تفصيل ذلك عند كلامنا على محل العقد.

(٤) اتصالهما، ويتحقق بتوافر أمرين:

أولهما - علم كل عاقد بما صدر من صاحبه إذا كانا مجتمعين [2]؛ لأن ذلك أساس اتصال إرادتيهما وتوافقهما، فيعلم القابل إيجاب الموجب. وذلك بأن يسمع الإيجاب ويفهمه، إن كان بالكتابة، أو يراه إن كان بالإشارة أو بالفعل، وهكذا حتى يعد مايصدر منه قبولا، ويعلم الموجب قبول القابل على ذلك النحو، حتى يتم التزامه بتحقق ماعلقه عليه من القبول. فإذا صدر من شخص إيجاب بعقد، وكان موجها إلى آخر فلم يسمعه ولم يعلمه، وصادف أن صدرت منه عبارة تصح أن تكون قبولا لهذا الإيجاب لم ينعقد العقد، وكذلك الحكم إذا قبل القابل إيجاب الموجب بعد علمه به، ولكن الموجب لم يسمع ذلك القبول ولم يفهمه، كأن صدر

(١) والمفهوم أن هذا التقييد يقتضى تكليفا للموجب لم يكلف به نفسه ولم يلتزمه فى إيجابه، ومن ذلك: أن يكون القبول عن بعض ماتضمنه الإيجاب كأن يقول البائع: بعتك هذه القطعة من الأرض بمبلغ ألف جنيه. فيقول المشترى: قبلت نصفها بنصف الثمن أو بثلث الثمن، ففى مثل هذه الصورة لايعتبر القبول موافقا للإيجاب. ومن ذلك: ما إذا قال البائع لشخصين معا: بعتكما هذه الأرض جميعها بمبلغ كذا. فيقبل أحدهما فقط ولايقبل الآخر، وهذا واضح فى المعاوضات، أما فى التبرع كالهبة فالأمر يحتاج إلى نظر،فإذا قال الواهب: وهبتك هاتين الشاتين. فقال الموهوب له: قبلت هذه فقط، أو قال الواهب: وهبتك مائة جنيه، فقال الموهوب له: قبلت خمسين فقط،. فإن المفهوم أن العقد يتم فى المقبول بذلك، وأن الموافقة الضمنية متحققة، لأن من يهب ويتبرع بالمائة لايضره أن يقتصر التبرع على خمسين، وبهذا أخذ الشافعية. كما فى نهاية المحتاج «ج٦ ص٦٦» فى كتاب الوصية. وأخذ به الحنفية فى الوصية أيضا. فإذا أوصى لاثنين فقبل أحدهما أو لواحد فقبل بعض ما أوصى له به تملك القابل فى الأول وتملك ماقبله الموصى له فى الثانية، ورد الباقى إلى الورثة ولايبعد أن يكون ذلك رأيهم أيضا فى الهبة.

(٢) وكذلك الحكم إذا كانا مفترقين بالنسبة إلى علم القابل بما صدر من الإيجاب، إذ لايتصور ابتناء قبول على إيجاب مجهول. أما بالنسبة إلى علم الموجب بما صدر من القبول فهذا محل نظر؛ لأن إطلاق عباراتهم يدل على أن العقد يتم بمجرد صدور القبول من المرسل إليه، وإن لم يعلم به الموجب. فإذا تأخر إبلاغه بالقبول زمنا فإلى أية مدة يكون الموجب فى جهالة من أمره؟ ذلك ماقد يجر إلى النزاع بين الطرفين لأن الموجب قد يتعاقد مع ثالث لعدم علمه بالقبول الصادر من المرسل إليه ومضى زمن طويل على إيجابه، فيتنازعان بسبب ذلك. فهلا اشترطوا إعلام الموجب بالقبول فى مدة معينة إذا مضت دون إعلام بطل العقد؟

بلغة لايفهمها، فلم يعرف المراد منه، فلا ينعقد العقد بذلك لما قدمنا. راجع فتح القدير من باب البيع [١].

ثانيهما ـ مجلس العقد: أن يصدرا فى مجلس واحد دون أن يفصل بينهما مايدل على إعراض من أحد العاقدين عما صدر من إيجاب، فإذا صدر الإيجاب من البائع مثلا فى مجلس، سواء أكان فى حضرة المشترى أم كان فى غيبته، ولم يرسل به إليه رسولا أو كتابا، ثم صدر القبول بعد ذلك فى مجلس آخر لم يرتبط بالإيجاب ولم ينعقد العقد؛ ذلك لأنه لايرتبط به إلا إذا اتصل به. ولا اتصال مع تعدد المجلس؛ لأن الإيجاب ينتهى ويبطل بانتهاء مجلسه، فإذا حصل قبول بعد ذلك حصل والإيجاب معدوم؛ ولا اتصال بمعدوم. أما انتهاء الإيجاب وبطلانه بانتهاء المجلس؛ فذلك لأن الإيجاب كلمات تنتهى وتنعدم بمجرد التكلم بها، وإنما اعتبرت باقية ببقاء المجلس، فإذا انتهى المجلس، زال هذا الاعتبار؛ ذلك لأن العرف قد اتخذ بقاء المجلس دليلا على بقاء إرادة الموجب وتمسكه بها مابقى حتى يتهيأ للطرف الآخر فرصة تمكنه من النظر والتروى والموازنة بين البدلين وغير ذلك مما لايستغنى عنه إبرام العقود. فإذا انتهى المجلس اعتبرت تلك الإرادة منقضية، وذلك العرض الذى يعرضه الموجب منتهيا حتى يسترد حريته التامة واختياره الكامل فى التعاقد مع غيره أو الاحتفاظ بسلعته، وحتى لايناله ضرر فيما إذا ارتفعت الأسعار وتغيرت الظروف، إذ قد لايتيسر له فى هذه الحال أن يعدل عن إيجابه، لأنه لايرضى بأن يعد ناكثا [٢] وعلى ذلك إذا قال إنسان لآخر: بعتك

---

(١) وفى نهاية المحتاج للرملى: أنه يشترط فى كل من الإيجاب والقبول إذا كانا الفاظا أن يتكلم بهما بحيث يسمعهما القريب من العاقدين عادة، وإن لم يسمع احدهما كلام الآخر. وفى حاشية الشبراملسى: إذا أوجب الموجب فلم يسمعه صاحبه وقبل اتفاقا، أو سمعه فقبل بلغة أخرى صح العقد، ولو قبل إنسان عبثا، فظهر أن ذلك كان بعد صدور بيع له صح العقد، كمن باع مال أبيه وهو يعلم أنه حى، نظهر أنه كان ميتا ا.هـ. ولاشك أن هذا محل للنقد.

(٢) والذى يظهر لى من مذهب الحنفية وقواعدهم : أن ذلك هو الحكم، فيما إذا قيد الموجب نفسه بوقت محدد، بأن أوجب وقال: إنى على إيجابى هذا مدة ثلاثة أيام أو نحوه. فعند ذلك لايلزمه هذا التوقيت، ينتهى إيجابه بانتهاء المجلس وكأنه لم يوقت، لأنه متبرع بهذا التوقيت فلا يلزمه. ولأننا لو ألزمناه به لقيدناه فى هذه المدة ومنعناه من التصرف لحق من توجه إليه بالإيجاب، وليس هذا مما يقيد به المالك، ويحال به بينه وبين آثار ملكه من حرية التصرف فيه. وهذا بخلاف ما إذا قيد الموجب نفسه بمدة تنتهى قبل انتهاء المجلس، فإن انتهاءها يعد حينئذ إعراضا عن الإيجاب فيبطل. وذهب المالكية إلى أن الموجب إذا قيد نفسه بمدة تقيد بها ولم ينته إيجابه بانتهاء المجلس، كما يتقيد كذلك ما يجرى به العرف إذا جرى على تقييد الموجب بمدة معينة. راجع الحطاب. «ج٤ ص٢٢٣». وعلى هذا إذا قال الموجب: أنا ملزم بإيجابى عشرة أيام مثلا التزم بذلك، وصح للطرف الثانى القبول فى أثنائها مادام لم يصدر من الموجب قبل ذلك مايعد عدولا منه عن الإيجاب، وإلا بطل، ومذهب مالك أصلح فى المعاملات المالية.

كتابى هذا بكذا، أو أجرتك دارى هذه سنة بكذا، ثم ترك المجلس إلى غرفة أخرى قبل القبول ممن خاطبه أو ترك المجلس من يخاطبه قبل أن يقبل، بطل الإيجاب. حتى لو عاد بعد ذلك إلى المجلس من تركه، ثم صدر القبول لم ينعقد البيع ولا الإجارة. وقد تغالى بعض الفقهاء فى ذلك فذهبوا إلى أن قيام أحد المتعاقدين من قعود: مغير للمجلس ومبطل للإيجاب. بل ذهبوا إلى أن العقود لاتنعقد بين ماشيين؛ لأن القبول سيكون بعد تحركهما من مجلس الإيجاب أى مكانه، ولكن ذهب آخرون إلى أن المجلس لايعتبر متغيرا إلا بتركه على وجه يعتبر فى العرف تركا للإيجاب، فإذا قام أحد العاقدين من قعود بعد الإيجاب ولم يغادر مكان العقد لايبطل بذلك. وإذا تعاقد اثنان وهما يمشيان انعقد العقد، مادامًا لم يفترقا قبل أن يصدر القبول [1].

وكذلك يبطل الإيجاب إذا لم يتغير المجلس حقيقة ولكن فصل بينه وبين القبول ما يدل على إعراض أحد العاقدين عن إنشاء العقد [2]، كأن يرجع الموجب عن إيجابه أو يعرض عنه باشتغاله فى عمل آخر، (كالاتجاه إلى شخص ثالث والحديث معه فى موضوع آخر)، وكأن يصدر ممن وجه إليه الإيجاب مايدل على إعراضه عنه. مثل أن يقول: لا أقبل هذه الصفقة، أو يشتغل بعمل آخر، كالشروع فى أكل، أو فى صلاة، أو فى حديث آخر ولو مع البائع. فإذا حصل شىء من ذلك بطل الإيجاب، ولم يبق له وجود، فإذا صدر بعد ذلك قبول لم يرتبط به؛ لأنه لا ارتباط بمعدوم [3]، أما بطلان الإيجاب بعدول الموجب وإعراضه؛ فذلك لأنه إنما التزم التزاما معلقا على قبول من توجه إليه بالإيجاب فكان قبل القبول غير

---

(١) راجع فتح القدير من كتاب البيع.

(٢) وكذلك يبطل الإيجاب بخروج صاحبه من أهليته، لإنشاء العقد قبل قبول الآخر. فإذا جن الموجب او أغمى عليه قبل القبول أو مات بطل الإيجاب، ولم يتصل به قبول العاقد الآخر إذا حدث بعد ذلك، وإلى هذا أيضا ذهب الشافعية. راجع نهاية المحتاج من كتاب البيع.

(٣) ذهب المالكية إلى أن الإيجاب يتقيد بالمجلس إذا لم يلتزمه الموجب فى وقت يحدده كما سبق بيانه. وعلى ذلك إذا حصل القبول عقب الإيجاب من غير فاصل تم العقد اتفاقا عندهم، وإذا تراخى القبول عن الإيجاب حتى انفض المجلس بطل الإيجاب اتفاقا، ولم يتصل به القبول إذا حدث بعد ذلك، وإذا تراخى القبول عن الإيجاب ولكنه صدر فى نفس المجلس بعد أن فصل بينهما مايدل على الإعراض عما كانا بصدده من إنشاء العقد. لم يلتحق القبول بالإيجاب ولم يتم بذلك العقد لبطلان الإيجاب بالإعراض عنه. ذكر ذلك ابن عرفة وابن رشد وإن لم يفصل بينهما مايدل على هذا الإعراض التحق القبول بالإيجاب وتم العقد بهما. =

ملتزم بشيء وله تمام الاختيار فى أن يعود إلى حالته الأولى، .فيجوز له أن يرجع لذلك، أما بطلانه بإعراض من وجه إليه، فلأنه إنما وجه إليه ليقبله أو يرفضه، فإذ قبله تم العقد، وإذا رفضه استرد الموجب برفضه حريته، وكان له أن يعيد النظر فى الأمر، فإذا صدر القبول حينئذ لم يصادف إيجابا قائما، ولا إرادة فى العقد باقية فلا ينشأ العقد من أجل ذلك.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن اشتراط اتحاد المجلس يغنى عن كل ذلك؛ لأن تغير المجلس وتبدله قد يكون حقيقيا،بانتقال أحدهما إلى مكان آخر، وقد يكون حكميا بحصول مايدل على الإعراض من أحد الطرفين؛ لأن مجلس العقد ينتهى بالإعراض عن العقد ويبتدئ مجلس آخر ليس للعقد، وهذا كلام وجيه.

ذلك هو الحكم عند اجتماع العاقدين، أما إذا كانا مفترقين متباعدين، فاستعملا الرسالة أو الكتابة فى إنشاء العقد [1] فأرسل أحدهما إلى الآخر رسولا بالإيجاب أو كتابا إليه به، فإن مكان الإرسال أو الكتابة لايعتبر مجلسا للعقد، ولكن مجلسه حيث يبلغ الرسول رسالته إلى المرسل إليه أو حيث يقرأ المرسل إليه ذلك الكتاب.

فإذا أبلغ الرسول رسالته كانت عبارته إيجابا، وكان إيجابه بمنزلة إيجاب المرسل نفسه ووجب لذلك أن يتصل به قبول المرسل إليه على الوجه الذى بيناه، وإلا بطل هذا الإيجاب. وعلى هذا إذا بلغ الرسول الرسالة فقام المرسل إليه من مجلسه، أو اشتغل بعمل آخر، كأن يسأل الرسول عن صحة المرسل أو عن أخباره. بطل الإيجاب حتى إذا صدر من المرسل إليه القبول بعد ذلك لم ينشأ

= إذ إن الفصل بينهما بكلام أجنبى عما هما فيه من إنشاء العقد لايضير، مادام ذلك لايعد فى العرف إعراضا. راجع الحطاب «ج٤ ص٢٤٠» ومابعدها. وذهب الحنابلة إلى أن القبول يتصل بالإيجاب وإن تراخى عنه، إذا صدر فى مجلس واحد ولم يفصل بينهما فاصل يعد قاطعا لما كانا فيه من إنشاء العقد، راجع الشرح الكبير. وفى الفروع: روى عن أحمد: أن تفرق المتساومين لايبطل الإيجاب . ولعل ذلك مشروط بألا تطول المدة بين الإيجاب والقبول كما ذهب إليه بعض المالكية. أما الشافعية فهم أشد من الحنفية فى إيجابهم أن يصدر القبول فور الإيجاب. راجع النهاية، ولاشك أن خير الآراء رأى المالكية؛ لأنه يعتمد العرف وييسر المعاملات ويحفظ الحقوق.

(١) إذا استعملا التليفون فى التعاقد كانا كحاضرين، فيدوم مجلس العقد مادامت محادثتهما فى شأنه، فإذا انتقلا منه إلى حديث فى موضوع آخر انتهى مجلس العقد وبطل بذلك الإيجاب.

العقد [1]. أما ترك الرسول المجلس أو إعراضه أو انتقاله بالحديث إلى موضع آخر فالظاهر أنه لايترتب عليه بطلان الإيجاب؛ لأن ذلك ليس إليه، ولم يجعل له المرسل هذا الحق. وإذا وصل الكتاب إلى المرسل إليه، فقرأه كانت قراءته أو قراءة غيره له إذا قرأه عليه آخر إيجابا، وقد يعلم مايحويه بمجرد النظر فيه، فتعتبر حينئذ كتابة المرسل إيجابا، فإذا اتصل قبوله بذلك نشأ العقد وتم. أما إذا فصل بين علمه بما فيه وبين قبوله مايدل على إعراضه عن هذا الإيجاب، ثم قبل بعد ذلك لم ينشأ العقد، وذلك بناء على ما يظهر من عبارة الهداية. ولكن جاء فى كتاب النكاح من فتح القدير أن الإيجاب إذا كان بالكتابة فقرئ الكتاب فى مجلس فلم يتصل به قبول فيه جاز إتمام العقد بقراءته مرة أخرى فى مجلس آخر يتصل به القبول فيه، وعلل ذلك بأن الغائب إنما صار مخاطبا للمخطوبة بالكتاب، والكتاب باق فى المجلس الثانى. وفى رأيى أن عقد البيع وغيره من عقود المال أولى بهذا الحكم من عقد النكاح، إذ يتساهل فى عقد البيع ونحوه بما لايتساهل به فى عقد النكاح، وعلى ذلك يجوز لمن أرسل إليه الإيجاب بالكتاب إذا قرأه فلم يقبله فى أول مجلس أن يقرأه فى مجلس آخر ثم يقبل، ويكون مجلس العقد مجلس كل

---

(١) لقد تبينا مما سبق أن العقد لاينشأ إلا إذا علم الموجب بالقبول. وأن القابل إذا قبل بلغة لا يفهمها الموجب لم ينشأ العقد بذلك؛ لأن الإيجاب ليس التزاما معلقا على صدور القبول والعلم به حين صدوره. وبقاؤه على هذه الصورة ليس دائما بل إلى أمد فينتهى إما بقبوله وإما بالإعراض عنه. ولكن هل يكفى مجرد الإعراض فى رد الإيجاب وإنهائه وإن لم يتصل علم الموجب به ؟ ذلك هو محل النظر، وأهمية هذا البحث إنما تظهر عندما يكون الإيجاب بواسطة رسول أو كتاب. فإذا ما أعرض المرسل إليه عن هذا الإيجاب أيكون إعراضه مبطلا له وإن لم يعلمه المرسل حتى إذا قبل بعد ذلك لم ينشأ العقد. أم لايكون مبطلا إلا إذا علم به المرسل، فإذا قبل بعد الإعراض وقبل علم المرسل به نشأ العقد؟ مقتضى عبارة الهداية فى ظاهرها: أنه لايشترط فى بطلان الإيجاب بالإعراض علم المرسل. فقد جاء فيها ما نصه.: والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتابة وأداء الرسالة. ا.هـ ومعنى ذلك أن مجلس بلوغ الكتابة، وأداء الرسالة اعتبر مجلس العقد، ومقتضاه: أنه إذا انتهى من غير قبول بطل الإيجاب. لأن كتاب الموجب كخطابه، وخطابه ينتهى بانتهاء مجلسه، ولاشك أن مجلس بلوغ الكتابة أو أداء الرسالة ينتهى وإن لم يعلم بذلك المرسل، وبانتهائه ينتهى الإيجاب دون توقف على علم المرسل. غير ان القول بهذا لاتظهر له حكمه ولايكون معقول الحكم. لأننا ما أبطلنا الإيجاب عند الإعراض عنه إلا ليسترد الموجب حريته فى التعاقد مع غيره من ساومه، أو فى الاحتفاظ بملكه، وذلك لايتم إلا إذا علم بالإعراض. أما إذا لم يعلم بالإعراض فما الضرر من اعتبار إيجابه قائما إلى أن يعلم، حتى إذا صدر القبول قبل العلم نشأ العقد؟ والقول بهذا لايتنافى مع ماجاء فى الهداية إذ من الممكن أن نعتبر مجلس بلوغ الكتابة أو أداء الرسالة مجلسا للعقد ينتهى بالإعراض دون قبول، ولايبطل بانتهائه الإيجاب، فيصح أن يتجدد فى مجلس آخر، ويؤيد ذلك: مانقل فى الكتاب من أنه يعتبر إيجابا قائما مادام فى يد المرسل إليه. فيقبله فى أى وقت كما سيجىء . وهذا ما أميل إليه ومايتفق مع النظر.

قراءة، ويؤيد ذلك ماجاء فى رد المحتار: أن الإيجاب بالبيع إذا كان فى كتاب مرسل إلى المشترى يتجدد بقراءة الكتاب مرة أخرى فى مجلس آخر، فيصح حينئذ القبول فى هذا المجلس، وإن لم يقبل فى المجلس السابق، وهذا يخالف ظاهر ماجاء فى الهداية.

وقد يقال مع هذا: إن التلفظ ليس شرطا فى عقود المعاوضات المالية، بخلاف عقد النكاح، فلا ينعقد إلا باللفظ، وإذن فلا داعى لقراءة الكتاب مرة أخرى، بل يعتبر وجوده وقيامه إيجابا بالكتابة، فإذا علم مضمونه كان للمرسل إليه أن يقبل فى أى وقت، وينشأ بذلك العقد لقيام الإيجاب بقيام الكتاب [1]، وعندئذ لايمكن إلا أن يعتبر مجلس العقد فى هذه الحالة هو مجلس القبول، ويصح قبوله فى كل وقت مالم يرفض.

وبناء على ماتقدم: إذا صدر الإيجاب والقبول فى مجلس واحد على الوجه الذى بيناه تم الارتباط ونشأ العقد وانعقد وترتبت عليه آثاره بالنسبة لعاقديه من وقت صدور القبول ـ وإن تأخر علم الموجب به ـ كما فى التعاقد بواسطة الكتابة، وعلى ذلك فالعقد يتم بالقبول فى وقت صدوره؛ لأن ذلك هو وقت الارتباط.

غير أن اشتراط اتحاد المجلس لتحقق الارتباط بين الإيجاب والقبول لايشمل بعض العقود كالوصية والوكالة، فالقبول فى الوصية يجب أن يكون فى مجلس آخر غير مجلس الإيجاب؛ ذلك لأن الإيجاب يكون من الموصى حال حياته، والقبول لايكون له اعتبار إلا إذا صدر من الموصى له بعد وفاة الموصى، حتى إذا

---

(١) بقى النظر فيما إذا أعاد الرسول رسالته بعد حصول مايعد إعراضا عنها من المرسل إليه عند تبليغه الأول، أتعتبر هذه الإعادة إيجابا آخر، فإذا اتصل بها قبول نشأ بهما العقد أم لا تعتبر؟ لأن مهمة الرسول قد انتهت بالتبليغ الأول. وليس من مهمته أن يكرر هذا التبليغ، وقد يعترض هذا الرأى ماجاء فى الهداية والبحر من أن الموجب إذا أوجب فى غيبة العاقد الآخر، ثم قال: يافلان بلغ هذا إلى فلان، فأبلغه إليه شخص آخر غير المنادى من تلقاء نفسه قبل قيام الرسول المأمور بذلك التبليغ، وقبل العاقد الآخر بناء على هذا الإبلاغ تم العقد، إذ مقتضاه أنه لايشترط فى إنشاء العقد أن يكون تبليغ الإيجاب إلى القابل من شخص مكلف به، حتى يكون ذا شأن فيه، وأنه يكفى مجرد التبليغ من أى شخص متى كان ذلك مرغوبا فيه من الموجب، وعلى هذا: إذا أعاد الرسول رسالته فلن يكون فى تلك الإعادة أقل من شخص قام بها متبرعا، وإذن فلا مانع من أن نعتبر إعادة التبليغ إيجابا مبتدأ كما فى اعتبارنا الكتاب إيجابا قائما بقيامه، وبناء على ذلك إذا أعاد الرسول رسالته فى مجلس آخر فقبل المرسل إليه تم العقد بذلك، مادام المرسل لم يبلغه إعراض المرسل إليه فى المرة الأولى. ذلك مايظهر لى. والله هو الموفق للصواب.

صدر منه حال حياة الموصى لم يعتبر، ووجب لتمام عقد الوصية إعادته بعد الوفاة. والقبول فى الوكالة يصح أن يكون بعد مجلس الإيجاب، ولذا يجوز توكيل الغائب. فإذا علم بالوكالة وقبل تم العقد وأصبح بذلك وكيلا [1].

ويرد العقد على الأموال المتقومة منقولة كانت أو عقارا. بقصد تمليكها لشخص غير مالكها تارة، فيسمى العقد حينئذ عقد تمليك، وقد يكون ذلك نظير عوض، كما فى عقد البيع والقرض، وقد يكون بالمجان، كما فى عقد الهبة والصدقة والوصية بالعين، وبقصد إمساكها لحفظها أو للاستيثاق بها تاره أخرى، كما فى الوديعة والرهن، وكذلك يرد على المنافع بقصد تمليكها ببدل، كما فى الإجارة، أو بغير بدل، كما فى العارية والوصية بالمنافع، وعلى الجملة: فلا يوجد عقد من هذه العقود إلا فى محل قابل له من عين أو منفعة بين عاقدين ينشئانه بعبارتيهما، وهى مايسميه الفقهاء بصيغة العقد.

أثر العبارة الواحدة فى العقود

قد تكون العبارة الواحدة لشخص ذى صفتين، فتصدر منه على هذا الاعتبار، وحينئذ تكون فى الواقع بمنزلة عبارتين صادرتين من شخصين، مثال ذلك: أن يوكل شخص آخر أن يزوجه بفلانة وأن توكله فلانة هذه أيضا فى أن يزوجها بهذا الشخص الموكل، فإذا قال الوكيل باعتباره وكيلا عنهما: زوجت فلانة بفلان، انعقد الزواج وتم بهذه العبارة الواحدة؛ لأنها فى الواقع تقوم مقام عبارتين، إحداهما صادرة من الرجل أو من الوكيل عنه، وهى: تزوجت بفلانة، والأخرى صادرة من المرأة أو من الوكيل عنها، وهى: قبلت ذلك، إذ لا معنى

---

(١) وإنما استثنى هذان العقدان لأن التمليك فى الوصية لا يكون إلا بعد الوفاة، فإيجابها فى الواقع مضاف إلى ذلك الوقت وبه يتم التمليك من جهة الموصى، غير أنه لما يترتب عليه من دخول الموصى به فى ملك الموصى له - وذلك لاينبغى أن يكون إلا بقبوله - احتجنا إلى قبوله فى ذلك الوقت، لأنه وقت ظهور الأثر. وفى الوكالة يرى أن فيها معنى الإطلاق وهو لايحتاج إلى قبول من المأذون، ولكن لما كانت تستتبع تعهدات يلتزم بها الوكيل وجب قبوله حتى لايلزم بغير التزام، ولم يجب لذلك أن يكون متصلا بالإيجاب. ومن هذا يتبين أن طبيعة هذين العقدين لاتقتضى أن يتصل القبول بالإيجاب لخلوهما من تبادل الالتزام. ويلحق الحنابلة بهذين العقدين سائر العقود الجائزة - غير اللازمة - كالمضاربة والمزارعة والمساقاة. كشاف القناع ج٢ ص٢٣٢.

لتكرار العبارتين مع دلالة عبارة الوكيل على معناهما جميعا. وسنتكلم على هذا عند كلامنا على ولاية العقد.

وقد تكون العبارة الواحدة لشخص واحد ليس له إلا صفة واحدة، وهى: أنه يعبر عن نفسه ويعمل لها. وعندئذ لايمكن أن يتكون منها عقد «بمعناه الخاص» أو ينشأ لما بيّنا من أن هذا العقد لايكون إلا بين طرفين عند توافق إرادتيهما عليه والإفصاح عنهما بعبارتيهما، ولكن هل ينشأ عنها فى هذه الحال التزام أو عقد بالمعنى الأعم؟ لبيان ذلك نقول: إن عبارة الشخص الواحد قد تصدر من صاحبها دالة على التزام من جهته فى مقابل التزام من آخر، كما فى الإيجاب بالبيع والإجارة والزواج ونحوها، أو على التزام غير مقابل بالتزام شخص آخر، ولكنه مع هذا متوقف على رضاه، كما فى الهبة والوصية، وقد تصدر بالتزام مستقل غير مقابل بالتزام من آخر، ولامتوقف على رضاه كما فى الوقف والإبراء.

ففى الحال الأولى: لاينشأ عنها بمفردها عقد ولا التزام ممن أصدرها. بل يكون صاحبها فى حل من المضى فيها أو العدول عنها، مادامت منفردة لم يتصل بها قبول من الطرف الآخر فإذا اتصل بها تم العقد، وكان له أثره على ماسيأتى، ولم يكن للموجب حينئذ أن يرجع عن إيجابه. ذلك هو مذهب الجمهور.

وبناء عليه، لو قلت لصديق لك: بعتك هذا الكتاب بعشرين قرشا، كان لك أن تعدل عن إيجابك هذا قبل قبوله بما يفيد ذلك من قول أو فعل. إذ أنت غير ملزم بالمضى فى إيجابك. ذلك ماذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية.

وذهب الجمهور من أصحاب مالك إلى أن الموجب إذا ماصدر منه إيجابه أصبح ملزما به، فلا يجوز له العدول عنه. وإنما يبطل بإعراض من وجه إليه، إما بصدور مايدل على إعراضه عنه فى المجلس وإما بانتهاء المجلس دون قبوله إذا لم يتقيد الموجب فى إيجابه بوقت معين.

وبناء على ذلك إذا قال البائع لآخر: بعتك هذه الدار بألف جنيه، فقد أنشأ بذلك التزاما من قبله، وهو التزامه ببيعها لهذا المشترى بذلك الثمن. ويستمر هذا الالتزام مادام المجلس أو ما قضى العرف بدوام هذا الالتزام، فلايقبل منه عدول

عنه، حتى إذا عدل عنه فعلا فقبل المشترى، تم العقد على الرغم من عدوله، وإنما يبطل هذا الإيجاب ولايتصل به القبول إذا أعرض عنه المشترى كما تقدم. راجع منح الجليل والحطاب من كتاب البيع [1].

وجه قول الأئمة الثلاثة: أن الموجب لايزيد بإيجابه فى الواقع ونفس الأمر التزاما منجزا غير معلق على شرط حتى يلزم به، فإنه إذا قال لمن يساومه: بعتك هذه الدار بألف جنيه لايريد بذلك أن البيع قد تم، ولا أنه قد التزم ذلك له بلا قيد ولاشرط، وإنما يريد أن التزامه ببيع هذه الدار بذلك الثمن لمن توجه إليه بالإيجاب متوقف ومعلق على رضاه فى المجلس وقبوله هذه المبادلة، فقبل تحقق هذا الشرط لم يوجد التزام، وهو لايتحقق إلا بالقبول، فكان للموجب أن يعدل عن إيجابه قبله، ولا يلزمه المضى فيه، ووجه قول المالكية: أن الموجب قد أثبت لمن وجه إليه الإيجاب حق القبول والتملك بمقتضى إيجابه، فإنه إذا قال له: بعتك هذه الدار بألف ملك بمقتضى هذا الإيجاب أن يتملك الدار بألف إذا أراد، وأن يعدل عن ذلك إذا ما رأى العدول خيرا له. فإذا قبل وتملك استعمل حقه الذى ثبت له، وإذا أعرض فقد ترك حقه وتنازل عنه،فاسترد الموجب بذلك حريته فى ملكه، وإذا كان الأمر كذلك لم يملك الموجب أن يرجع عن إيجابه كيلا يسقط حقا ثبت لغيره.

وقد رد الجمهور على ذلك بأن الإيجاب إذا كان يترتب عليه حق للمساوم، فهو حق مؤقت لابقاء له إلا برضا الموجب؛ لأنه فى معنى الإذن له بأن يتملك بهذا الثمن، وبقاء الإذن رهن بإرادة مصدره، وله أن يرجع عنه إذا أراد دون أن يلزم بالمضى فيه، وخاصة إذا مالوحظ أن هذا الحق يعارضه حق أقوى منه، هو حق المالك فى أن يتمسك بملكه ويمنعه عن غيره، وإذا تعارض حقان قدم أقواهما، وبذلك يظهر أن مذهب الأئمة الثلاثة أقوى دليلا وأكثر التئاما مع ما للمالك من حقوق.

وفى الحال الثانية: وهى ما إذا صدرت العبارة بالتزام مستقل غير مقابل بالتزام من شخص آخر ولا متوقف على رضاه ـ تنشئ التزاما، ويتناوله العقد بالمعنى الأعم.

---

(١) يقارب هذا الرأى ماذهب إليه علماء الألمان من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزامات من غير توقف على وجود إرادة أخرى تتفق معها.

والالتزامات التى تتم بعبارة واحدة كثيرة منها: الوقف والإبراء واليمين والكفالة عند أبى يوسف ومالك، والهبة والصدقة عند بعض الحنفية، والإسقاطات كالطلاق والعتق. والوصية لجهات البر. وللإيضاح نورد لك بعض الأمثلة تاركين الشرح والتفصيل لمواضع بيان أحكام تلك الالتزامات [1]:

الوقف: مثاله أن يقول مالك : وقفت أرضى هذه على الفقراء، أو جعلتها وقفا على مصالح مسجد كذا أو مدرسة كذا ثم على الفقراء، أو جعلتها وقفا على أولادى وذريتى إلى انقراضهم ثم من بعدهم على الفقراء، فإذا ماصدرت هذه العبارة منه تم الوقف ونشأ عنها الالتزام به، وترتب عليه حكمه الشرعى، غير أنه قد يكون الوقف على معين، كأن يقول: وقفت هذه الدار على فلان هذا يعطى غلتها كل شهر ثم من بعده إلى الفقراء، وفى مثل هذه الحال يتم الوقف أيضا بصدور هذه العبارة دون توقف على قبول زيد، ولكن زيدا يكون له الحق فى أن يرده فلا يستحق الغلة برده، وتكون حينئذ للفقراء ابتداء.

الإبراء: مثاله: أن يقول دائن لمدينه: أبرأتك مما لى فى ذمتك من الدين، وبصدور هذه العبارة أو مافى معناها من الدائن يبرأ المدين إذا لم يرد هذه الإبراء. ذلك لأن الإبراء متردد بين أن يكون إسقاطا لحق الدين، وأن يكون تمليكا للدين، فلم يتوقف على القبول من المدين؛ نظرا لناحيته الأولى، وجاز أن يرتد ويبطل برد المدين؛ نظرا لناحيته الثانية، حتى يجد المدين بذلك خلاصا من تحمل منة لا يرضاها، ومن العلماء من ذهب إلى اعتباره تمليكا، وأوجب لتمامه القبول، وعلى هذا يكون من العقود بمعناها الأخص.

اليمين: مثاله، أن يقول شخص : والله لأتصدقن بكذا من النقود . فإن ذلك يلزمه بمجرد صدور هذه العبارة منه.

الكفالة: مثالها : أن يضمن شخص لآخر ماله من دين قَبل فلان بقوله: أنا كفيل لك بهذا الدين، فإنه يصير بصدور هذه العبارة مطالبا بأداء هذا الدين دون

---

(١) قال الحموى على الأشباه: عقد التمليك بغير بدل يتم بعبارة المملك وحده لأنه يلاقى ملكه لاغير، وهو أمر يقوم به وحده فيتحقق اسم العقد بدون القبول. وإنما يحتاج إلى القبول فيه لثبوت حكمه وهو الملك كيلا يلزم العاقد الآخر حكم تصرف غيره بدون رضاه، فيتضرر به من حيث يتحمل المنة بغير اختيار، أو يعتق عليه قريبه ويلزمه ولاؤه إذا وهبه له، أو يفسد عليه نكاح زوجته إذا وهبها له . ا هـ ص٢٧٢.

أن يتوقف ذلك على رضا من المدين أو من الدائن عند أبى يوسف ومالك. ويرى أبو حنيفة ومحمد أن ذلك لايتم إلا بقبول الدائن.

الهبة: كأن يقول شخص لآخر : وهبتك هذا الكتاب. فإن الهبة تتم عند بعض العلماء بصدور هذه العبارة، وإن كان الموهوب له لايتملك الكتاب إلا بالقبض. وذهب الجمهور إلى أنها عقد يتوقف تمامه على قبول الموهوب له.

الطلاق: كأن يقول زوج لزوجته : أنت طالق. فإن الطلاق يقع بمجرد صدور هذه العبارة، دون توقف على قبول الزوجة. وهذا بخلاف الطلاق نظير المال، كأن يقول لها: أنت طالق على عشرين جنيها. فإن هذا عقد يتوقف تمامه على قبول الزوجة فى مجلس الإيجاب.

العتق: كأن يقول شخص لعبده: أنت حر، فإنه يعتق بمجرد صدور هذه العبارة.

الوصية لجهة بر: كأن يوصى إنسان بأن يتصدق من ماله بعشرين جنيها أو بأن ينفق فى عمارة مسجد بلده كذا من المال، فإن هذه الوصية تتم بمجرد وفاته، دون توقف على قبول أحد، إذا ماخرجت من ثلث ماترك.

خلاصة الباب

العقد يطلق عند الفقهاء ثلاث إطلاقات:

الأول - يراد به الربط بين كلامين أو مايقوم مقامهما، صادرين من شخصين على وجه يترتب عليه آثار العقد الشرعية، وذلك بأن يصدرا فى موضوع واحد، دالين على إرادتى العاقدين فى إنشاء عقد مطلوب لهما. وأن يكون الكلام الثانى إقرارا للأول. والذى يقوم مقام الكلام: الكتابة والإشارة والفعل كما سيأتى بيانه.

الثانى - يراد بالعقد مابه يتم الارتباط بين إرادتى العاقدين من عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل، وأكثر الفقهاء لايريدون به إلا هذا.

الثالث - يراد به الالتزام. سواء أكان صادرا من شخصين كما فى معنى العقد السابق أم صادرا من شخص واحد، كالوقف ومايشبهه. وهو بهذا المعنى مرادف للالتزام، وأخص من التصرف؛ لأن من التصرفات مايكون أفعالا وليست التزاما.

ركن العقد: ركنه بالمعنى الأول والثانى، الإيجاب والقبول. وركنه بالمعنى الثالث الإيجاب فقط. والإيجاب ماصدر أولا من أحد العاقدين، والقبول ماصدر ثانيا، سواء أكان المبتدئ هو البائع أم المشترى فى عقد البيع مثلا.

الانعقاد : يراد بانعقاد العقد: الارتباط الحاصل بين الإيجاب والقبول. وقد يراد به أيضا وجود العقد فى نظر الشارع، وإن لم يسلم من العيوب. ولايتحقق الارتباط بين الإيجاب والقبول إلا بتوافر الشروط الآتية:

(١) أن يكون كل منهما معبرا عن إرادة معتبرة فى إنشاء العقد. ويتم ذلك بأن يكون كل منهما واضح الدلالة على وجود تلك الإرادة، وأن يصدرا من شخص مميز حتى تكون له إرادة، فلا ينعقد إذا كان الموجب أو القابل مجنونا، أو كانت العبارة لاتدل على وجود إرادة للعاقد بل محتملة الدلالة.

(٢) أن يكون ثانيهما موافقا لأولهما، سواء أكانت الموافقة حقيقية، كأن يكون القبول على وفق الإيجاب تماما دون زيادة أو نقص، أو ضمنية كأن يكون القبول قد تضمن زيادة فى مصلحة الموجب، كأن يزوج شخص ابنته على مائة جنيه فيقبل الزواج بمائتين.

(٣) أن يكون موضوع العقد قابلا لآثاره شرعـا. فإذا لم يكن قابلا لها كبيع الميتة والاستئجار على قتل محرم لم ينعقد.

(٤) أن يصدر القبول متصلا بالإيجاب، ويتم ذلك بتوافر أمرين:

الأول - أن يعلم كل من العاقدين عند اجـتماعهما مـاذا يريده الآخر بكلامه. أما إذا لم يعلم أحدهما ماذا يريد الآخر بما تكلم لم ينعقد العقد.

الثانى - أن يصـدر القبـول والموجب لايزال على إيجـابه وذلك بألا يفـصل بينهما مـا يدل على إعراض الموجب عن إيجابه أو على إعـراض القابل عنه، فإذا صدر من الموجب أو القابل قول أو إشارة أو كتـابة أو فعل يدل عرفا على عدول الموجب أو على رفض القابل بـطل الإيجاب، ولم يصح قبـوله بعد ذلك، وعلى هذا إذا انتقل الموجب بعـد إيجابه، أو القابل قبل قـبوله: من موضوع العـقد إلى موضوع آخـر، أو قام أحدهما من مـجلسه تاركا له بطل الإيجاب، حـتى إذا قبل العاقد بعد ذلك لم ينعقد العقد.

- وهذا إذا كان العاقدان مجتمـعين فى مكان واحد. أما إذا كان كل منهما فى بلد فتعاقـدا بالكتابة أو بالرسالة فإن مجلس العقـد هو مجلس وصول الكتاب إلى المرسل إليه والعلم بما فيه، فإذا قـبل عقب ذلك تم العقد إذا لم يتوسط بين العلم بما فى الكتاب والقـبول مايدل على أن الموجب قد عـدل عن إيجابه وذلك بواسطة كتـاب آخر يحضـر أو ما يدل على أن المرسل إليـه قد أعـرض عن هذا الإيجاب ورفضه، وكذلك يعتبر مجلس العقد هو مجلس وصول الرسول وإبلاغه، فإذا قبل عقب الإبلاغ تم العـقد إذا لم يفصل بيـنهما مايـدل على عدول الموجب أو رفض المرسل إليه.

والظاهر أنه يجوز للرسول أن يجدد الإيجـاب بعد رفض المرسل إليه. مادام الموجب على إيجـابه، وإذا جدده صح أن يقـبل ويتم العقـد بذلك، كمـا تعتـبر الرسالة المحتوية على الإيجاب قائمة فيصح بعد رفضها من المرسل إليه قبولها مادام رفضها لم يعلم به كاتبها ومادام كاتبها على إيجابه.

العبارة الواحدة وأثرها: قد يترتب على العـبارة الواحدة عقد بين شـخصين إذا صدرت من شخص له صـفتان، كوكيل عن رجل وامرأة فى تزويجـهما. فإنه

يزوجهما بعبارة واحدة كما سيأتى؛ وذلك لأنها فى مقام عبارتين، فهى من جهة إيجاب، ومن جهة أخرى قبول، أما إذا صدرت من شخص له صفة واحدة فإن كانت دالة على التزام مستقل غير متوقف على التزام من آخر ولا على رضاه تم بها العقد بمعناه الأعم. وهو مطلق الالتزام كما فى الوقف والإبراء والطلاق المجرد واليمين، وإن دلت على التزام متوقف على التزام آخر كالإيجاب فى عقود المعاوضات، لم يترتب عليها التزام. ولذا كان للموجب أن يعدل عن إيجابه، لأنه إذا كان قد التزم فإن التزامه معلق على قبول الآخر، ومادام الآخر لم يقبل فلا وجود للالتزام، ولم يكن معنا إلا عرض يجوز لباذله أن يعدل عنه.

ويذهب بعض المالكية إلى أن الموجب يلتزم بإيجابه، ولايجوز له أن يعدل عنه، ولايبطل الإيجاب إلا بانتهاء وقته المحدد فى العبارة، أو بمقتضى العرف، أو بإعراض من وجه إليه؛ لأن للقابل لمقتضى الإيجاب حق التملك، فلا يكون للموجب إبطال هذا الحق. وقد رد الحنفية على ذلك بأنه ليس للقابل حق مقرر ثابت، ولكنه إذن بالتملك، وذلك الإذن رهن بإرادة الآذن، فإذا عدل عنه بطل. فلم يكن للقابل أن يقبل.

باب صيغة العقد

صيغة[1] القول: فى اللغة مثاله وصورته. ومن هذا أخذ الفقهاء استعمالهم صيغة العقد فيما يقوم به العقد ويوجد فى الخارج، من إيجاب وقبول وضعا على مثال خاص؛ لأنهما على هذا الوضع الصورة الخارجية للعقد، فصيغة العقد فى اصطلاحهم: مايصدر من العاقدين من عبارة تدل على قصدهما، وتفصح عن إرادتيهما. وقد علمت أن ذلك يكون بإيجاب يبتدئ به أحدهما، وقبول يتلوه من الآخر، فهى مجموع الإيجاب والقبول، إن تكوّن العقد منهما. أو إيجاب العاقد فقط إذا لم يحتج العقد إلى قبول، ولانزاع بين جمهور الفقهاء فى أن الأساس فيها: أن تكون دالة فى عرف المتعاقدين على إرادتيهما إنشاء العقد دلالة بينة غير محتملة لمعنى آخر كالمساومة أو العدة أو ما أشبه ذلك، ولايضير بعد هذا أن تكون لفظا أو كتابة أو إشارة أو فعلا من الأفعال، حتى قال مالك : يقع البيع بما يعتقده الناس بيعا. وقال أحمد بن جنبل: البيع مايعده الناس فى عرفهم بيعا، والبيع وغيره فى ذلك سواء، وهذا إجمال لايغنينا عن التفصيل الآتى:

وكذلك لانزاع بين العلماء فى أن الأصل فيها أن تكون ألفاظا، فإن الناس جميعا منذ بدء خلقتهم قد اتخذوا الكلام وسيلة للإبانة عن أغراضهم والتعبير عن رغباتهم، فكان السبيل الطبعى للإعراب عن المعانى النفسية والاتجاهات الباطنية. وكان بسبب ذلك وسيلة الناس إلى إنشاء مايحتاجون إليه من تعاقد والتزام، وسواء أكان بلغة عربية أم بلغة أخرى كالفرنسية والإنجليزية، أو أية لغة يفهمها المتعاقدان، متى كانت عبارة كل منهما دالة على مايريده من إنشاء عقد أو التزام. لايشترط فى ذلك لفظ معين، ولاتركيب خاص؛ لأن المقصود هو الإفصاح عما فى النفس من إنشاء العقد بكلام مفهم ليس فيه غموض ولاإبهام ولا احتمال لمعنى آخر. وكل العقود فى ذلك سواء عند الحنفية حتى عقد الزواج، فتنعقد كلها بالعبارة البينة الدالة عند المتعاقدين والتى لاتفيد معنى آخر، خلاف إنشاء العقد المطلوب، وقد خالف فى ذلك بعض الحنابلة والمالكية والشافعية، فاستثنوا من هذا الحكم عقد

---

(١) الصيغة مشتقة من الصوغ، مصدر صاغ: صاغ الله فلانا صيغة حسنة أى خلقه خلقة جميلة، وصاغ فلان الشىء أى هيأه على مثال مستقيم، فهو صائغ وصياغ، وصيغة الله خلقته، والصيغة العمل والتقدير، ويقال: صيغة القول كذا، أى مثاله وصورته.

الزواج مشترطين فى انعقاده أن يتقيد العاقدان فى إنشائه بلفظى : نكحت وزوجت وما اشتق من مادتهما إذا كانا يحسنان العربية؛ لأنه عقد ينزع ويميل إلى أن يكون عبادة. فيلتزم فيه ما جاء به الشارع. وقد ورد هذان اللفظان فى القرآن، فقال تعالى: ﴿ ولاتنكحوا مانكح آباؤكم من النساء إلا ماقد سلف﴾، وقال تعالى: ﴿فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها لكى لايكون على المؤمنين حرج فى أزواج أدعيائهم﴾، والحق أن ذلك لايؤيدهم فيما ذهبوا إليه، فإن الشارع لم يستعمل هذين اللفظين إلا لإفادتهما المعنى المطلوب. وليس على الناس من حرج إذا استعملوا لفظا سواهما متى أفاد إفادتهما، ولذا لم يقيد بهما اتفاقا من لايعرف العربية، كما لم يقيد من ينشئ العتق أو الصدقة اتفاقا بلفظ معين مع ظهور معنى العبادة فيهما ظهورا ليس فى النكاح، ومع حديث الشارع عنهما أيضا بألفاظ معينة فى الكتاب والسنة.

استعمال الفعل الماضى: وليس أدل على إنشاء العقود فى اللغة العربية من استعمال الفعل الماضى فى الإيجاب والقبول، فيقول البائع: بعت، ويقول المشترى: اشتريت، أو قبلت وهكذا، ذلك لأن الفعل الماضى يدل على وجود معناه وتحققه فعلا، فكان استعماله فى إنشاء العقد أدل على تحققه، وأن العقد كان فعلا، ولا مساومة فيه ولا عدة، ولذلك استعمله النبى ﷺ فى عقوده، وقل أن ترى من العرب من يستعمل غيره فى ذلك الغرض، ثم شاع فى الناس كذلك استعماله هذا الاستعمال، وقل أن يستعملوا غيره.

استعمال الجملة الاسمية وحرف الجواب: وقد يقوم مقام الفعل الماضى فى إنشاء العقود حرف الجواب «نعم» فيقع إيجابا، كما إذا قلت لصديق لك: أتبيعنى كتابك هذا بعشرين قرشا؟ فقال لك: نعم. فإن ذلك يكون إيجابا منه. فإذا قبلت تم البيع، ويقع كذلك قبولا كما إذا قلت لصديق لك : اشتريت منك هذا الكتاب بعشرين قرشا، فيقول الصديق: نعم، فإن العقد يتم بذلك، ويكون حرف الجواب قبولا منه [1]، ومثل حرف الجواب فى هذه الصورة، أن يقول لك : هات الثمن أو ادفع الثمن.

---

(١) جاء فى الدر المختار عن الولوجية: أن البائع إذا بدأ فقال: بعتك هذه الدار بكذا فقبل المشترى بقوله «نعم» فقط، لم ينعقد البيع لعدم إفادة حرف الجواب قبوله البيع، واحتماله إرادة تصديق البائع فيه أن إيجابا بهذا قد صدر منه.

وقد تقوم الجملة الاسمية مقام الفعل الماضى أيضا، كأن تقول لآخر: هذا الكتاب عليك بألف، فيقول لك: قبلت، أو فعلت، أو نعم، فإن الإيجاب جملة اسمية، ومثل أن تقول له: هو لك بألف إن رضيت أو إن أعجبك، فيقول لك: رضيت بذلك، أو أنا بذلك راض، فإن العقد فى هذه الصور وأمثالها ينعقد بلا خوف لا فرق فيها بين بيع وزواج وغيرهما.

استعمال الفعل المضارع: وكما ينشأ العقد باستعمال الفعل الماضى أو الجملة الاسمية - كما بينا - ينعقد على التحقيق بالفعل المضارع، كأن تقول لشخص: أبيعك هذا الكتاب بجنيه؟ فيقول: اشتريت مثلا أو أشتريه، إذا تعينا لإنشاء العقد حالا بواسطة القرائن وانتفى عنهما إرادة الوعد والمساومة، وعلى ذلك فالمضارع الذى يراد به الحال، ويفهم منه ذلك بواسطة القرائن المحيطة بالعقد كالماضى، فى اعتباره إيجابا إذا صدر أولا، وقبولا إذا صدر ثانيا، أما المضارع المقترن بالسين أو بسوف، فلا يصلح لإنشاء العقود؛ لأنه صريح فى الوعد، وعلى ذلك إذاقال شخص لامرأة: أتزوجك، فقالت: زوجت نفسى، أو قبلت، تم عقد الزواج، وكذا لو قال لآخر: تزوجنى ابنتك. فقال: فعلت أو زوجت عند انتفاء الاستبعاد، ومثله لو قال له: هل أعطيتنى ابنتك؟ فقال الآخر: زوجت.فإن العقد يتم فى جميع هذه الصور، إذا انتفى احتمال المساومة والعدة والاستفهام [1].

استعمال فعل الأمر: لا يرى مالك والشافعى وأحمد فرقا بين استعمال فعل الأمر واستعمال الفعل المضارع فى إنشاء العقود متى دل فعل الأمر على إرادة العاقد به إنشاء العقد دلالة ليست محلا للاحتمال والشك فى عرف المتعاقدين وطرق مخاطباتهم، فإذا قال إنسان لآخر: بعنى هذا البيت بألف جنيه، فقال له: بعكته بهذا الثمن، تم العقد. وكذلك إذا قال مالك البيت لآخر: اشتر منى هذا البيت بألف جنيه، فقال الآخر: اشتريته منك بهذا الثمن، تم العقد. وكذا إذا قال إنسان لآخر: اشتريت منك هذا الكتاب بعشرة قروش، فقال له: هات الثمن. وهكذا الحال فى جميع العقود، لا فرق بين عقد وعقد؛ لأن المناط هو الدلالة بحسب عرف الناس فى مخاطباتهم.

---

(١) راجع فتح القدير من كتابى البيع والنكاح.

ويظهر لى أن ذلك هو رأى الحنفية أيضا فى حقيقة الواقع، فقد أجازوا استعمال فعل الأمر فى إنشاء الزواج. فيتم بقول الرجل لامرأة: زوجينى نفسك، وقولها بعد: زوجتك نفسى، وفى إنشاء الخلع والطلاق على مال، فإذا قالت الزوجة لزوجها: اخلعنى على مائة جنيه، فقال: خلعتك، أو قالت: طلقنى على مائة جنيه، فقال: طلقتك على ذلك، وقع الطلاق ولزم المال. وفى الهبة، فإذا قال شخص لآخر: هبنى كتابك هذا، فقال له: وهبتكه،تم عقد الهبة. وفى الكفالة. فإذا قال إنسان لآخر: اكفل فلانا بما لى فى ذمته من الدين، فقال: كفلته بذلك،تم العقد وصار كفيلا. والإبراء، فإذا قال المدين لدائنه أبرئنى من الدين الذى لك عندى، فقال: أبرأتك منه تمت البراءة والإقالة عند أبى يوسف، فإذا قال المشترى للبائع مثلا: أقلنى، فقال له البائع: هات الثمن تمت الإقالة. بل نصوا كذلك على أن عقد البيع ينعقد ويتم بقول شخص لآخر: اشتريت منك هذا المنزل بكذا وقول الآخر: هات الثمن أو انقد الثمن، وبقول المالك لآخر: خذ هذا المنزل بكذا، وقول الآخر له: أخذته بذلك. وعللوا جميع ذلك: بانتفاء إرادة المساومة فى هذه الصور كلها. ودلالة فعل الأمر على إنشاء العقد دلالة قاطعة.

أما ماجاء فى كتبهم، من أن عقد البيع لاينعقد بفعل الأمر إذا وقع إيجابا فلا يعارض ماقررناه؛ لأنهم بنوا ذلك على أن دلالته على إنشاء العقد غير قاطعة لاحتمال إرادة المساومة منه. فقد قالوا: إذا قلت لصديق لك: بعنى هذا الكتاب بعشرة قروش، فقال: بعته. لم ينعقد البيع بذلك، إذ لم يوجد إلا شطر العقد وهو الإيجاب؛ ذلك لأن قولك «بعنى هذا الكتاب بعشرة قروش» قد يراد به المساومة، فلم يكن متعينا لإنشاء العقد، إذ لايدل إلا على طلب إنشاء بيع فى المستقبل، وذلك غير إيجاد عقد فى الحال عند التلفظ فلا يصلح إيجابا، وإذا لم يصلح إيجابا كان الإيجاب هو الكلام التالى، وهو قول الصديق «بعته» والعقد لايتم بالإيجاب وحده. ولذا يحتاج فى إتمام هذا العقد إلى قبول منك بعد ذلك فيقول: قبلت أو اشتريته.

ذلك ماقالوه. وهو صريح فى أن مرجع ذلك احتمال الدلالة بسبب مايلابس عقد البيع، ويصاحبه من المساومة، وأن هذا الظرف لايجعل فعل الأمر فى هذه الحال دالا على إنشاء العقد دلالة قاطعة، فلم يصلح لذلك إيجابا، وهذا

الحكم إنما كان نتيجة هذا الظرف. لاحكما يعم كل فعل أمر فى كل عقد [1].

التعاقد بالكتابة: والكتابة تقوم مقام اللفظ فى إنشاء العقود. اتفاقا، إذا كانت كتابة مستبينة كالكتابة على الورق؛ لأنها كالقول فى الإبانة عن المراد، أما إذا كانت غير مستبينة كالكتابة فى الهواء أو على الماء فلا اعتداد بها، وعلى ذلك إذا

---

(١) وقد أراد بعض الحنفية أن يجعل الأساس عندهم عدم صلاحية فعل الأمر لأن يكون إيجابا فى عقود المعاوضات التى تصاحبها المساومة، كالبيع والإجارة، لاحتماله حينئذ أن يراد به المساومة دون إنشاء العقد، وصلاحيته فى غيرها من العقود التى لا يصاحب إنشاءها مساومة، إما لخلوها من المساومة أصلا بطبيعتها، وإما لأنها لاتنشأ عادة إلا بعد الانتهاء من المساومة. فيصلح فيها لدلالته حينئذ على إنشاء العقد دون احتمال شيء آخر خلافه، كما فى عقود الزواج والخلع والطلاق على مال والهبة والكفالة والإبراء والإقالة عند أبى يوسف.

فأما عقد الزواج فلأن العادة فيه أنه لا يكون غالبا إلا بعد خطبة يسبقها تشاور وبحث، ولايكون الإقدام عليه إلا بعد الانتهاء من جميع ذلك، فإذا أقدم الشخص عليه فاستعمل فعل الأمر فى الإيجاب امتنع أن يراد به المساومة، وكان المطلوب منه إنشاء عقد الزواج إثر طلبه، وكان دالا على ذلك قطعا، واقتضى ذلك سبق الرضا به فيتم العقد به على اعتبار أنه إيجاب، ولهذا السبب نفسه صلح إيجابا فى الخلع والطلاق على مال، وليس البيع كذلك، فإن المساومة فيه تصحب العقد وتقترن به عادة، فإذا استعمل الأمر انصرف إلى المساومة فيه ولم يقتض رضا سابقا، وكالبيع بقية المعاوضات.

وقد حاول بعض الفقهاء أن يجعل فعل الأمر فى صورة الزواج توكيلا من الزوجة لا إيجابا، وأن عقد الزواج قد تم بعبارة الزوج وحدها، لأنها قائمة مقام عبارة الزوجة بحكم أنه وكيل عنها ومقام عبارة مستقلة صدرت عن نفسه، فكان فى إنشائه هذا العقد وكيلا عن الزوجة وأصيلا عن نفسه، فانعقد بعبارته وحدها لولايته بمقتضى هاتين الصفتين؛ لأن عقد الزواج ينشئه واحد إذا تعددت ولايته، ولايجوز فى البيع ذلك وأمثاله، كما سيجيء فى البيع، ويقتضى كذلك ألا يشترط فيه سماع شهود عقد الزواج. لأنه ليس شطرا للعقد، وعلى ذلك لو قال شخص لامرأة: زوجينى نفسك، كان لها أن تزوجه نفسها بعد أيام، ولكن الفقهاء قد ذكروا أنه يتقيد بالمجلس، وأنه لابد من الإشهاد عليه بشهود الزواج؛ وذلك يدل على أنه إيجاب.

وأما الهبة والكفالة فقد يصح لنا أن نعتبر فعل الأمر فيهما غير مكون للعقد بناء على أن الهبة إنما تتم بعبارة الواهب وحدها وعلى أن الكفالة تتم بعبارة الكفيل وحده، إذ منهما الالتزام فقط. وليس للموهوب له إلا أن يرضى بدخول المال الموهوب فى ملكه حتى لايدخل فى ملكه ما لايرضاه، وليس للمكفول له إلا أن يرضى بهذا الاستيثاق حتى يترتب عليه توجهه إلى الكفيل بالمطالبة، وعلى ذلك فليس بإيجاب فيهما وإنما الإيجاب ماتلاه من القول. وقد يسوغ لنا أن نعتبره إيجابا ونوجه ذلك بماسبق أن ذكرناه فى عقد الزواج من أن عقد الهبة والكفالة لامساومة فيهما، وأن الطلب فيهما يقتضى رضا باتا من قبل الطالب، وذلك كاف فى اعتباره إيجابا لعدم الاحتمال فى دلالته، ولهذا يتم العقد لوجود شطريه: وهما الإيجاب والقبول. وسنرى تحقيق ذلك فى الكلام على الكفالة وعند دراستك للهبة. وأما الإبراء فأرجح الأقوال فيه أنه لايحتاج إلى قبول لأنه إسقاط للدين وأنه يتم بعبارة الدائن دون توقف على طلبه منه أو قبوله من المدين. ولذا لايقع فيه فعل الأمر إيجابا، وإنما أريد به طلب الإبراء، والإبراء إسقاط فيه معنى التمليك من ناحية أن الدائن يملك مدينه الدين الذى له فى ذمته، ولهذا صح أن يرتد برد المدين، ولو كان مجرد إسقاط ماقبل الرد، وكذلك الحال فى الإقالة لما خلت من المساومة صح أن يكون الإيجاب فيها على صيغة الأمر، لدلالته القطعية على إرادة إنشاء العقد.

ومن هذا كله يتضح لك أن المدار على وضوح الدلالة، وأن استظهارنا صحيح، وأنه لافرق فى هذا بين الحنفية وغيرهم.

كتبت على ورقة لإنسان: بعتك هذا القلم، فكتب تحتها: قبلت، تم عقد البيع. وإن كنتما قادرين على النطق. وكذلك الإجارة والرهن وغيرهما لافرق فى ذلك بين أن يكون العاقدان فى مجلس واحد أو فى بلدين متباعدين، ولايستثنى من ذلك إلا عقد الزواج، فلا يتم بالكتابة عند حضور العاقدين فى مجلس واحد وقدرتهما على النطق؛ وذلك لاشتراط الشهادة على العقد وسماع الشهود لأقوال العاقدين، وعدم اشتراط ذلك فى غير عقد الزواج، ولكن إذا كان أحد العاقدين غائبا عن مجلس الآخر كان لأحدهما أن يكتب إلى الآخر بإيجاب فإذا وصله الكتاب وجب عليه أن يقرأه على الشهود، ثم يقبل فيتم بذلك عقد الزواج، فإذا كتب شخص إلى امرأة كتابا وذكر فيه أنه تزوجها، وأرادت المرأة إتمام العقد وجب عليها أن تستدعى شاهدين ثم تعلمهما لفظا بما فى الكتاب، ثم تقبل العقد عقب ذلك فى نفس المجلس، وسيشرح هذا عند دراسة الزواج.

التعاقد بالإشارة: وفى حكم الكتابة الإشارة المفهمة من الأخرس؛ لأنها وسيلته إلى الإفهام والإفصاح عما فى نفسه، فكانت له كاللفظ للناطق، وليس كل من اللفظ والكتابة فى الواقع إلا إشارة تصالح عليها الناس واتخذوها بينهم أداة للتعبير والإفهام. وعلى ذلك تقوم إشارته المعهودة المفهمة مقام لفظه إذا كان لايكتب اتفاقا، فإن كان يحسن الكتابة اختلف الرأى. فقيل: لاتقبل منه الإشارة حينئذ؛ لأن الكتابة أبين وأدل، وأبعد عن الاحتمال، فلا تترك إلى إشارة لايفهمها كثير من الناس، ولا تخلو عن احتمال، وهذا مايتفق مع ماجاء فى الأصل «أصل محمد» وبهذا الرأى أخذت لائحة إجراءات المحاكم الشرعية. فقد جاء فى المادة ١٢٨ «إقرار الأخرس يكون بإشارته المعهودة، ولا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة» وقيل إنه يخير فى إنشاء عقده، إن شاء عقده بالإشارة وإن شاء عقده بالكتابة؛ لأن المناط هو الإفهام، وكلاهما مفهم، وهذا مايتفق مع ماجاء فى الجامع الصغير.

ولا اعتداد بإشارة القادر على النطق، وإن كانت مفهمة. فلا يتم بها التزام عند الحنفية والشافعية، وعلى ذلك إذا قلت لناطق: بعتك هذا القلم بجنيه. فهل تقبله بذلك؟ فأومأ برأسه: أى نعم، بدون أن ينطق بها لم ينعقد البيع، وقد

استثنوا من ذلك الإقرار بـالنسب، ففى جامع الفصولين «صبى بيد رجل، فقيل له: أهذا ابنك؟ فأومأ برأسه: أى نعم يثبت نسبه بذلك»[1] ا.هـ

التعاقد بالأفعال: وأما الفعل فلا يقوم مقام القول فى عقد الزواج اتفاقا، وكذلك فى الخلع عند جمهور المشترعين فلا يعقد زواج بفعل. ولايقع طلاق كذلك بفعل. أما بقية العقود فقد اختلف فيها الرأى فمن العلماء من أجاز إنشاء العقود بالأفعال الدالة على ذلك كالتعاطى وما أشبهه، ومنهم من قيد ذلك بقيود كجريان العرف به، فيجوز إنشاؤها بالفعل إذا تعارف عليه الناس، ولايجوز إذا لم يتعارفوه، وذلك كله تبعا لاختلافهم فى الأصل الذى يبنى عليه حكم إنشاء العقود.

وللعلماء فى هذا الأصل ثلاثة أقوال [2]:

الأول - **أن الأصل فى العقود ألا تنشأ إلا باللفظ؛ لأنه أداة الإفهام التى تواضع عليها الناس جميعا للتعبير عن أغراضهم ونياتهم دون غيرها، فلا يعدل عنها إلا إلى الكتابة؛ لأنها جعلت كذلك قائمة مقامها وبديلا عنها، وعلى ذلك فلا تنعقد العقود على الإجمال بالأفعال. لعدم وضوح دلالتها. ويستثنى من ذلك بعض مواضع دعت الحاجة إلى استثنائها أو ورد النص بها، ومن مواضع الاستثناء: الإشارة للأخرس، وإلى هذا مال الشافعى وروى كذلك عن أحمد.**

الثانى - **أن العقود كما تنشأ باللفظ والكتابة كذلك تنشأ بالفعل إذا ماتعارفه الناس وجعلوه منشئا للعقد، وذلك لأن اللفظ والكتابة إنما صلح كل منهما لهذا بسبب تواضع الناس وتعارفهم، فإذا ماتواضعوا كذلك على إنشاء عقد خاص بفعل خاص صلح هذا الفعل لأن يكون إيجابا أو قبولا، لتعارف الناس ذلك وصورته بهذا كاللفظ فى الإفهام وذلك كالبيع بالتعاطى فى بعض السلع، والإجارة فى ركوب السيارات وبعض المراكب، ودفع القماش إلى الحائك لخياطته، ونحو ذلك مما جرى به عرف الناس وشاع بينهم حتى لم يكن محلا لأى احتمال.**

---

(١) راجع أحكام الإشارة فى الأشباه ص ١٩٩ من الفن الثالث. وفيها أن إشارة معتقل اللسان لا يعتد بها إلا إذا دامت العلة إلى الموت على ماعليه الفتوى. ومن العلماء من اكتفى بامتدادها سنة.

(٢) راجع فتاوى ابن تيمية «ج٣ ص٢٦٧» ومابعدها.

وإذن فمقتضى هذا القول: أن العقود تنشأ بالفعل عندما يتعارفه الناس. وهذا مايتفق مع أصول الحنفية، وهو رواية عن أحمد، وإليه مال أصحاب الشافعي. وعلى هذا أجازوا بيع التعاطى فى الحقير من الأشياء دون نفيسها؛ لأن الناس تعارفوه فى حقيرها فقط.

الثالث - أنها تنعقد بكل مايدل على مقصود العاقدين دلالة واضحة من قول أو فعل جرى العرف به أو لم يجر، ليس لذلك حد مقرر سوى ماذكرناه، لا فى شرع ولا فى لغة، بل يتنوع ويتعدد بتنوع الاصطلاحات وتعددها. كما فى تنوع اللغات وتعددها، فإن لمعنى البيع والإجارة والرهن وغيرها من العقود ألفاظا كثيرة متعددة فى جميع اللغات، ولايجب على الناس التزام لفظ منها، وكذلك تتنوع الكتابة عند الكاتبين، والإشارة عند الخرس. فلا يتقيد بكتابة خاصة، ولا بإشارة خاصة، مادام الإفهام متوافرا، لأنه المناط، وما اعتبرت الألفاظ والكتابة والإشارة إلا دوال عليه، وليست فى الواقع إلا أفعالا قد يقوم بها اللسان أو البنان أو الرأس أو الأيدى، فوجب أن تكون جميع الأفعال الدالة على الغرض مثلها. إذ التفرقة بينها تعتبر تحكما ليس له مبرر، وإذاً فالعبرة بالإفهام سواء أكان ذلك بالكلام، أم بالكتابة، أم بالإشارة أم بالفعل. فإذا قلت لإنسان: خذ هذا الكتاب بجنيه فسلمته إليه تم البيع، وإذا ركبت الترام فأخذ منك الكمسارى أجر ركوبك تمت الإجارة، وإذا دفعت الثوب إلى الحائك، فأخذه منك تمت الأجرة وهكذا، وهذا مايتفق مع أصول مذهب مالك، وهو ظاهر مذهب أحمد، وهو أرجح الأقوال الثلاثة عندى لقوة مبناه.

خلاصة الباب

صيغة العقد: صيغة العقد: هى صورته فى الخارج، أو مايقوم به العقد فى الخارج من إيجاب وقبول بصورة خاصة، إن كان العقد التزاما بين طرفين، وهى الإيجاب فقط إن كان التزاما من جانب واحد.

والأساس فى صحة الصيغة: أن تكون دالة فى عرف العاقدين أو العاقد على إرادة إنهاء العقد دلالة بينة غير محتملة لمعنى آخر، كالعدة أو المساومة، ولايضير بعد هذا أن تكون لفظا أو غير لفظ. كالكتابة والإشارة والفعل. ولذا قال مالك: يقع البيع بما يعتقده الناس بيعا. وعلى ذلك إذا كانت بألفاظ، فلا يضر أن تكون بأية لغة من لغات العالم وبأية كلمة دالة على إرادة إنشاء العقد، لايخرج عن ذلك إلا عقد الزواج عند الشافعى ومالك وأحمد إذ اشترطوا فى انعقاده أن يكون بألفاظ مشتقة من مادة الزواج والنكاح، لورود الحديث عنه فى القرآن بذلك، والراجح مذهب الحنفية فى أنه لافرق بين الزواج وغيره.

وأدل الأساليب على إنشاء العقود على العموم صيغة الفعل الماضى لدلالتها على التحقق، أما صيغة المضارع والأمر فصالحتان إن اقترن بهما مايجنبهما احتمال إرادة شىء غير إنشاء العقد، وهذا هو الراجح، ومثل ذلك فى الحكم الجملة الاسمية أو حرف الجواب، فالمناط وضوح الدلالة وعدم الاحتمال فى صلاحية العبارة لأن تكون إيجابا أو قبولا لا شىء غير ذلك على الأصح. أما الكتابة فتقوم مقام اللفظ إذا كانت مستبينة، وهى التى تبقى صورتها بعد الانتهاء منها، ولاتعتبر الكتابة غير المستبينة كالكتابة على وجه الماء. وعلى ذلك فجميع العقود تنعقد بالكتابة، فيكون الإيجاب كتابة والقبول كذلك، سواء أكان ذلك ممن يستطيع النطق أم ممن لايستطيعه، ولايستثنى من ذلك إلا عقد الزواج فلا ينعقد بالكتابة عند حضور الزوجين إلا عند العجز عن النطق. ومثل الكتابة فى انعقاد العقود الإشارة من الأخرس إذا كانت مفهومة معروفة. فإن كان لا يعرف الكتابة صحت جميع العقود بإشارته اتفاقا، وإن كان يعرف الكتابة اختلف رأى الفقهاء، فمنهم من لايعتبر إشارته حينئذ ومنهم من يعتبرها، أما إشارة الناطق فغير معتبرة مطلقا.

وأما التعـاقد بالأفعال. فمن العلمـاء من أجاز إنشاء العقـود بالأفعال الدالة على الإرادة كالتـعاطى وما يشبـهه، ومنهم من قيـد ذلك بقيود، كجـريان العرف بإنشاء العقود بهذه الأفعال، ولذا أجازوا انعقاد البيع بالتعاطى فى الأشياء الحقيرة، لجريان العرف به دون الأشياء النفيسة لعدم جريانه فيها بالتعاطى.

باب عبارة العاقد ونيته

علمنا أن العقد هو الربط بين الإيجاب والقبول على وجه ينشأ عنه التزام مطلوب، أو هو الإيجاب والقبول المرتبطان ارتباطا ينشأ عنه التزام مطلوب، وأن بعض الفقهاء قد يستعملون كلمة العقد استعمالا أعم، فيطلقونها كذلك على العبارة الصادرة من شخص واحد بإنشاء التزام معين من ناحيته، كما فى اليمين والإبراء والطلاق المجرد.

وكذلك عرفنا أن مايصدره العاقد على وجه الإجمال من عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل إنما يتخذه وسيلة إلى إظهار مافى نفسه من معنى هو إرادة إنشاء التزام معين.

ومن هذا كله نتبين أن كل عاقد لابد أن يكون له نية أو إرادة، وأنه لابد كذلك من أن يفصح عنها بوسيلة من وسائل الإظهار والتبيين، كالعبارة أو الكتابة أو الإشارة أو نحو ذلك، وأن إرادته فى الحقيقة هى أساس إنشاء العقود. وأن وسيلته فى الإفصاح عنها ليست إلا مظهرها وصورتها فى الخارج.

ولكن لما كانت النية أو الإرادة أمرًا باطنيا لاسبيل إلى معرفته إلا من جهة صاحبها وذلك بما يصدر عنه مظهرا لها، لم يكن فى الإمكان الاعتماد عليها شرعا فى إنشاء العقود والالتزامات والقضاء فيها عند النزاع عليها، ووجب لهذا أن يكون المرجع والمناط ما تنكشف به هذه الإرادة من لفظ أو غيره مما يصدره صاحبها عند التعاقد للإفصاح عنها؛ لأنه أعرف بمافى نفسه من غيره، فكان مايظهره دليلا على مايبطنه، فإن كان الظاهر منحرفا كان الباطن كذلك فى اعتبارنا منحرفا، وإن كان مستقيما كان الباطن كذلك، وهذا أصل شرعى كلى [1]، وعلى هذا الأساس تنشأ العقود وترتبط المواثيق.

وبناء على ماذكر لايترتب على نية العاقد المجردة ولا على إرادته الجازمة عقد ولا التزام مادام كل منهما أمرا باطنيا لم يظهر فى شكل قول أو فعل. فلا يلزم بأن يتصدق بمال معين إذا ماأراد ذلك ونواه، ولم يظهره، ولا يلزمه الطلاق، إذا ما اعتزمه فى نفسه، ولا الوقف إذا مانتواه وهكذا. وكذلك لايكون لمثل هذه

(١) راجع الموافقات للشاطبى.

النية أثر فى تعاقده مع غيره. فإذا باع إنسان لغيره سلعة من السلع، وفى نيته أنه بریء من كل عيب يظهر فيها فليس له أن يلزم مشتريها بتلك النية، مادام لم يظهرها له عند العقد، لأنه لم يرضها، ولم يتعاقد عليها، وإذا أوصى شخص لآخر بشىء من ماله وقصد بذلك الإضرار بورثته، ولم يقم على ذلك دليل لم يكن لهذا القصد أى أثر قضائى فى وصيته، ووجب على الورثة حينئذ تنفيذها. وحل للموصى له أخذ ما أوصى له به، أما إذا قام دليل على وجود هذا القصد فإنه يجوز للورثة ألا ينفذوها (عند الحنابلة) وإذا نفذوها غير عالمين بذلك القصد حرم على الموصى له أخذ ما أوصى له به، متى كان عالما بهذا القصد عندهم. وذهب غيرهم كالحنفية إلى أن الوصية صحيحة واجبة التنفيذ فى الحالين، لتوافر شروطها ظاهرا، وإن كان الموصى آثما فى إنشائها وسنبين هذا فيما يأتى [١].

ذلك هو حكم الإرادة مادامت مستترة فى النفس، أما العبارة وما فى حكمها من وسائل الإظهار، فأساس العقد فى الخارج، ومرجع الحكم عليه فى الظاهر، ولكن بشرط أن تكون هى أو ما فى حكمها بيانا لإرادة صحيحة فى إنشاء الالتزام.

وتفصيل ذلك: أن العبارة قد تصدر من صاحبها من غير قصد إلى أن ينطق بها، وتدل القرائن والدلائل المتصلة بها على ذلك، وقد تصدر من صاحبها قاصدا أن يتلفظ بها. ولذلك عدة أحوال: فقد يتلفظ بها عن قصد إليها ولكن من غير فهم لما تدل عليه مطلقا، وقد يتلفظ بها فاهما لمعناها ولكنه قد أتى بها لأغراض أخرى غير تحقيق معناها لاتتصل بإنشاء ماتدل عليه من عقد. وإن شئت قلت: لاتتصل برغبة فى إنشاء ذلك، وقد ينطق بها متظاهرا أنه ينشئ ماتدل عليه من عقد، ولكن من غير أن يريد إنشاءه أو يقصد إليه. وقد تصدر مع القصد إليها وإلى تحقيق معناها، وحينئذ تكون دالة على وجود إرادة بإنشاء التزام معين، وإن شئت قلت: إنها فى هذه الحال تصدر مع إرادة جعلها سببا شرعيا تترتب عليه آثاره الشرعية.

---

(١) راجع جامع الفصولين ج١ ص٢٤٣ ومابعدها.

فإن صدرت عن صاحبها من غير أن يكون وراءها إرادة وقصد إلى إنشاء التزام كانت على الجملة لاغية؛ لأن قوام العقد فى الحقيقة إرادة العاقد وقصده، وليس لعبارته قيمة إلا باعتبار أنها مظهر تلك الإرادة فى الخارج ودالة على وجودها، فإذا تبينا أن ليس وراءها هذه الإرادة لم تكن إلا حركات لسانية لاقيمة لها ولا أثر، وهاك تفصيل ذلك:

(١) أن تصدر من غير قصد إلى التلفظ بها، كما فى عبارة النائم والمجنون والصبى الذى لايميز. وهى فى هذه الحال أصوات مهملة لاينشأ عنها عقد، ولايترتب عليها التزام [١]. واستثنى جمهور العلماء من هذا الحكم عبارة السكران «بمحرم» الذى لا يعى، فإنهم أخذوه بعبارته، وألزموه بما يترتب عليها من طلاق ويمين، وبيع وإجارة وغير ذلك من العقود، عقوبة له وقصدا إلى زجره، وإن كان حين تلفظه بها مغلوبا على أمره، وقصده إليها غير صحيح. وخالف فى ذلك بعض المالكية، وآخرون من غيرهم، فجعلوه كالمجنون [٢] لايترتب على عبارته أى التزام، ولاينشأ عنها أى عقد، وعلى ذلك لايقع طلاقه. وهذا مااختاره الكرخى والطحاوى ومحمد بن سلمة [٣]، وبه أخذت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية «المادة الأولى من المرسوم رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩» [٤].

---

(١) وفى حكم هؤلاء: المخطئ عند الشافعية، فعبارته عندهم فى الحكم كعبارة المجنون لصدورها منه من غير قصد إلى التلفظ بها، إذ إنها تسبق إلى لسانه من غير شعور بداعى عادة أو غيرها، فيتلفظ بها ولا يريدها. وخالفهم فى ذلك الحنفية فاعتدوا بعبارته ورتبوا عليها جميع آثارها الشرعية، معتبرين صدورها منه عن رشد ويقظة وتمام عقل علامة وجود القصد إليها وإلى آثارها؛ لأن الخطأ أمر باطنى لايطلع عليه ولايعرف إلا من جهة صاحبه. وقد يتخذ ادعاءه وسيلة إلى إضاعة حقوق الناس. فلزم أن يحال بينه وبين ذلك، وسيأتى لذلك زيادة بيان عند كلامنا على الرضا والاختيار.

(٢) راجع الحطاب «ج٤ ص٢٤١، ٢٤٢».

(٣) الكرخى: هو أبو الحسن عبيدالله بن الحسين. أخذ الفقه عن أبى سعيد البردعى عن إسماعيل عن أبيه حماد عن أبيه أبى حنيفة، وهو من المجتهدين فى المسائل. وله المختصر وشرح الجامع الصغير وشرح الجامع الكبير. ولد سنة ٢٦٠ وتوفى سنه ٣٤٠هـ وإليه انتهت رياسة الحنفية بعد أبى حازم.

والطحاوى: هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة إمام جليل من المجتهدين فى المسائل ولد سنة ٢٣٠ وتوفى سنة ٣٢١ وهو تلميذ خاله المازنى الشافعى. وكان إماما فى الحديث والأخبار وله معانى الآثار، ومشكل الآثار. وشرح الجامع الكبير، وشرح الجامع الصغير، وكتابا: الشروط الصغير والكبير وغيرها. وهو منسوب إلى قرية طحا بصعيد مصر.

(٤) نص هذه المادة: لايقع طلاق السكران والمكره.

(٢) أن تصدر من صاحبها مع القصد إلى التلفظ بها، ولكن من غير فهم لما تدل عليها إجمالا وتفصيلا، وذلك كما فى عبارة من يلقن جملة تقتضى التزاما ولكن بلغة لايعرفها فيتلفظ بها ولايفهم مايراد منها، مثل أن يلقن: بعت أو وقفت أو طلقت وهو لايعرف مايراد بهذه الألفاظ. وهى فى هذه الحالة أصوات مهملة لايترتب عليها أثر شرعى [١].

(٣) أن يتلفظ بها صاحبها لأغراض لاتتصل بإنشاء ماتدل عليه من عقد، كأن تصدر منه ترديدا لعبارة صدرت من غيره لحفظها مثلا أو لاستبانة مايكون أو تحقيق ماصدر منه أو لقراءة ماكتبه، من غير أن يراد بذلك إنشاء عقد بها. ففى هذه الأحوال كلها لايترتب على العبارة أى أثر. ومن ذلك عبارات المدرسين فى دروسهم، والقارئين فى كتب الفقه والقانون. (راجع الحموى على الأشباه والنظائر فى أحكام العقود والكتابة من الفن الثالث[٢]).

وأما إذا صدرت منه مع قصده إليها. على أنها وسيلة للناس عادة فى إنشاء التزام أو عقد. ومع تظاهره بأنه ينشئ بها عقدا. ولكن من غير أن يريد بها إنشاء ذلك، فتحت ذلك حالتان: الأولى: أن تصدر عن اختيار من صاحبها لغرض آخر قصد إليه كالهزل والاستهزاء والخداع والسمعة. والثانية: أن تصدر منه لا عن اختيار صحيح، بل اضطر إلى التلفظ بها دفعا للأذى عن نفسه كما فى عبارة المكره.

---

(١) ومن العلماء من اعتد بها فى الطلاق والعتاق والنكاح، واحتج بأنها عقود لايشترط فى إنشائها قصد منشئها. فإذا نطق إنسان بألفاظها الدالة عليها ألزم بآثارها وإن لم يفهمها، لأن قصده إلى إنشائها غير لازم فى إلزامه بها، وذلك للحديث الدال على أنها صحيحة عند الهزل بها. وهذا الرأى غير صحيح؛ لأن الألفاظ الدالة عليها فى هذا الحال لم يقصد إليها باعتبارها دالة على معنى معين وليست إلا حركات لسانية وأصواتا مهملة، فلا يصح أن يترتب عليها أى أثر شرعى. راجع فتح القدير من كتاب النكاح ونهاية المحتاج من كتاب البيع.

(٢) ومن هذا النوع: عبارة الناسى عند الشافعية، ومثال ذلك: أن ينسى إنسان فيظن أن عبارة خاصة تفيد مايريده من معنى فيستعملها فيه بناء على ذلك الظن وهى فى الواقع تفيد غيره. فإذا كانت هذه العبارة بحسب وضعها تفيد إنشاء التزام لم يترتب عليها ذلك الالتزام عند الشافعية وكانت عبارة مهملة لعدم القصد إلى معناها الوضعى الذى تدل عليه وهو إنشاء التزام «راجع الأشباه والنظائر للسيوطى فى أحكام النسيان». وذهب الحنفية إلى أن عبارة الناسى صحيحة كعبارة المخطئ. وأن جميع عقود الناسى إذا مانطق بعبارة منشئة لعقد ولو كان غافلا عن معناها ـ صحيحة ملزمة ولايصدق فى ادعائه النسيان.

ففى الحالة الأولى: نرى أن صاحبها قصد إلى أن يتلفظ بها، وعمد إلى ذلك اختيارا ولكنه أراد بها غير ماتدل عليه، ومـاتستعمل فيه، فجردها من معناها هازلا مع من يخاطبه أو مستهزئا به، أو متظاهرا بما لايريد. ولذا كان الحكم عليها محـلا لاختلاف النظر. فـمن العلماء [١] من جعـلها لاغيـة، فلم يرتب عليـها التزاما، ولم ينشىء بهـا عقدا بناء على أنه قد صاحبهـا من القرائن مادل على أنه ليس وراءها إرادة فى إنشاء التـزام، وأن هذه الإرادة هى أساس العقود وقـوامها. ومنهم من اعتبرها صحيحة صالحـة لأن تكون محققة لمعناها الذى تستعمل للدلالة عليه عادة، بناء على أن صاحبها قد قصد إلى إصدارها مع كمال أهليته واختياره، وهؤلاء فريقـان: فريق رتبوا عليهـا ماتستعمل فـيه. وأنشأوا بها مـاتدل عليه من التزام. ولم يعبأوا بما أراده صاحبها من تجريدها من معناها؛ لأنه لايملك ذلك بعد أن قضى به الشـارع، إذ ليس له تغيـير ماجاء بـه، فإذا ما أتى بالسـبب فى إنشاء العقد وهى صيغته لزمه حكمه، ولا يفيده ما أقامه من القرائن على أنه لم يلتزمه، وبذلك تسـتقـر المعامـلات بابتنائها على أسبابـها الظاهرة، ويطمـئن الناس على تعاقدهم ومعاملات، وهذا ماذهب إليه الشـافعية فى أحد قوليهم. وفريق يرى مع صلاحـها أنه ينقـصهـا الرضا، فـرتب عليها أثـرها إذا ماتحقق الرضـا به، وذلك بإجازتها بعد فى وقتها[٢] وهؤلاء هم الحنفـية، غيـر أنهم استـثنوا من هذا الحكم العقود الخمسة الآتية، فرتبوا عليها أثرها فى الحال إذا صدرت بها دون توقف على إجازة، كما سيأتى.

وبناء على ذلك إذا ماصدرت العبارة من صاحـبها هازلا بها لم يكن لها أثر فى المعاوضـات المالية ومـا فى حكمها، كـالبيع والإجارة والرهن والـكفالة، عند المالكية والحنابلة لما قدمنا. فـلا ينشأ عنها عقد، ولايترتب عليهـا التزام، متى قام الدليل على وجود الهزل [٣]. أما إذا صدرت فى النكاح والطلاق والعتاق والرجعة

---

(١) من هؤلاء : أحمـد بن حنبل ومالك والشافعى فى أحـد قولين له. راجع الشرح الكبـير للدردير «ج٣ ص٣» والمجموع للنووى مع المهذب فى كتاب البيع، وكشاف القناع فى كتاب البيع.

(٢) يرى الحنفية أن الهازل راض بمباشرة السبب غير راض بحكمه فى الحال. فكان الهزل بمنزلة خيار الشرط فى العقد إذا لم يذكـر له وقت. ولذلك يفسد العقد ولكنه فسـاد يرتفع بالإجازة فى ظرف ثلاثة أيام عند أبى حنيفـة فإذا مضت الأيام الثـلاثة بعد العقـد دون إجازة استقـر فسـاده. راجع كـشف الأسرار على المنار «ج٢ ص٢٩٣».

(٣) ويشترط الحنفـية أن يتقدم الهزل دليله، وهو أن يتـفق العاقدان عليه قبل العـقد فلا تكفى عندهم دلالة الحال. راجع نور الأنوار «ج٢ ص ٢٩٢» خلافا للحنابلة . راجع كشاف القناع.

واليمين، فإنها تكون صحيحة يترتب عليها أثرها فى الحال، لما فى هذه العقود من حق الله تعالى، ولايصح لذلك أن تكون محلا لهزل الهازل، إذ لايجوز التلاعب بحقوقه تعالى وجعلها محلاً للمزاح والاستهزاء، وعلى ذلك فطلاق الهازل واقع، وزواجه صحيح لازم، وبهذا أتى الحديث: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والعتاق» وفى رواية «والرجعة» بدل العتاق، فاستثنى الشارع هذه العقود الخمسة تغليظا على المستهزئ بها حتى يتجنب الهزل. وخالف فى هذا بعض المالكية فلم يستثن هذه العقود من الحكم السابق. أما الحنفية فقد عرفت أنهم يرون صحة هذه العبارة فى هذه الحال. ولكن لايرتبون أثرها عليها فى غير هذه العقود الخمسة إلا بعد إجازتها. أما فى هذه العقود فرأيهم كرأى الجمهور. وقد ذكرناه.

وذهب الشافعية إلى أن عبارة الهازل معتبرة فى كل العقود. ورتبوا عليها لذلك آثارها ولم يبطلوها بسبب الهزل بها[1] وذلك أحد قولين لهم.

وفى الحال الثانية ـ نرى أن من أصدرها قد أكره على التلفظ بها دفعا لما هدد به من أذى فكان غير راغب فيها ولا راض بها، وكان اختياره النطق بها ليس اختيارا صحيحا، فلم يكن من سبيل إلى الاعتداد بها، واعتبارها صحيحة. وهذا ماذهب إليه أحمد، فلم يرتب على عبارة المكره أى التزام، وجعل العقود كلها فى ذلك سواء لافرق بين عقد معاوضة وغيره. وبهذا الرأى أخذت لائحة ترتيب لائحة المحاكم الشرعية [2] فى عدم وقوع طلاق المكره.

---

(١) ومن حالات الهزل : حال التلجئة، وهى أن يتواطأ اثنان على التظاهر بإنشاء عقد أو على إظهاره بصفة خاصة من غير أن يكون ذلك حقيقة واقعة بل عمدا إلى ذلك لدفع ضرر أو اكتساب شهرة. ومن أمثلة ذلك: أن يتواطأ اثنان على أن يتظاهرا بإنشاء هذا البيع بناء على تواطئهما السابق من غير أن يقصدا بيعا حقيقيا. ومن ذلك أن يتواطأ البيعان فى العقار على بيعه فى التظاهر بثمن أكثر مما اتفقا عليه حتى يدفعا بذلك الشفيع عن طلبه. ومن ذلك: أن يتواطأ الخاطبان على أن يعقدا زواجهما أمام الناس بأكثر من المهر المتفق عليه بينهما لأجل السمعة على أن يكون مايذكرانه من المهر أمام الناس سمعة لاحقيقة له، فعقد البيع فى الصورة الأولى غير صحيح عند الحنابلة وهكذا عند المالكية قياسا على أصولهم، والثمن والمهر فى الصورتين الأخيرتين هما ماتوافقا عليه سرا دون ما أعلناه أمام الناس عند الحنفية وبعض الحنابلة والمالكية. كما يفهم من أصولهم، وذلك بناء على أن هذا من قبيل الهزل ولا أثر لعبارة الهازل فيه كما قدمنا. ومن العلماء من جعل البيع فى الصورة الأولى صحيحا وجعل المهر والثمن ما أعلناه أمام الناس دون مااتفقا عليه سرا. وإلى هذا ذهب الشافعية كما قدمنا. بناء على أن الهزل لايبطل العبارة وأن المواطأة السابقة بمنزلة الشرط المتقدم على العقد، والشرط المتقدم على العقد لايؤثر فيه. لأن الإقدام على العقد من غير تعرض له يعتبر إعراضا عنه.
راجع رد المحتار وفتاوى ابن تيمية فى الجزء الثالث ص٤٥ ومابعدها.

(٢) راجع المادة الأولى من المرسوم رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩.

وذهب الحنفية إلى اعتبارها لاغية فى غير العقود الخمسة التى تصح مع الهزل، فلم ينشئوا بها بيعا ولا إجارة ولا رهنا ولا كفالة لعدم القصد فيها إلا إذا أجازها المكره بعد زوال الإكراه، وإلى اعتبارها صحيحة فى هذه العقود الخمسة؛ لأن الشارع قد جعل اللفظ فيها عند القصد إليه قائما مقام الإرادة، فيترتب عليه حكمه. وإن لم يكن لقائله قصد إلى معناه. ودليل ذلك صحتها من الهازل مع انعدام قصده [1].

وإن صدرت العبارة: من صاحبها مع القصد إلى جعلها سببا شرعيا يترتب عليه التزام معين فقد يكون من المتعارف استعمال تلك العبارة فى الدلالة على إنشاء هذا الالتزام. وقد يكون استعمالها فى ذلك غير متعارف ولكنها مع ذلك تدل على إنشائه بما أضيف إليها من الألفاظ والقرائن التى تمنعها من أن تدل على غيره. وفى كلتا الحالين يرى الفقهاء أنها عبارة صحيحة يترتب عليها الأثر المطلوب متى كانت إرادة العاقد متفقة تمام الاتفاق مع آثار هذا الالتزام وأغراضه الشرعية، فمن يقول: بعت، وهو يريد البيع بآثاره الشرعية التى فصلها الشارع يترتب على عبارته هذه الالتزام الذى يطلبه وهو البيع إذا اتصل به القبول. ومن يقول: تزوجت فلانة. وهو يريد الزواج الشرعى المحقق لأغراضه من تكوين أسرة صالحة يترتب على عبارته مايريده من الزواج إذا ما اتصل بها القبول. ويستتبع كلا من العقدين حينئذ آثاره الشرعية بلا خلاف فى ذلك.

وكذلك الذى يستعمل فى إنشاء البيع لفظ الهبة فيقول لآخر: وهبتك هذا المنزل على أن تدفع لى مائة جنيه. ويقبل الآخر ذلك منه، أو يستعمل فى الهبة لفظ البيع فيقول لآخر: بعتك هذا الثوب بلا ثمن. فيقبل الآخر ويتسلم منه الثوب. أو يستعمل البيع فى إنشاء الزواج فيقول لامرأة: بيعى نفسك لى على ١٠٠ جنيه. فتقبل منه ذلك، أو يستعمل لفظ الوصية فى إنشاء الوكالة أو لفظ الوكالة فى إنشاء الوصية أو يستعمل لفظ البيع فى إنشاء الإجارة وما إلى ذلك، كل هذه العبارات يعتبرها الحنفية عبارات صحيحة ويرتبون عليها ماتفيده من الالتزامات المطلوبة للعاقدين، ويقولون فى سبب ذلك: أن العبرة بالمعانى لا

---

(١) قد يفرق بين المكره والهازل بأن الهازل له اختيار صحيح فاستحق لذلك التغليظ عليه بجعل عبارته صحيحة، ولـ كذلك المكره.

بالألفاظ والمبانى، أما الشافعية والحنابلة فقد اختلف فى ذلك نظرهم، فمنهم من نظر نظرة الحنفية، فاعتد بالعبارة وصححها، ورتب عليها مايراد منها، ومنهم من نظر إلى اللفظ فرأى أنها عبارة فاسدة لايترتب عليها الالتزام المطلوب منها، وهذا مع مراعاة ما أشرنا إليه فيما مضى من أن النكاح عندهم لايصح إلا بالألفاظ المشتقة من مادتى زوج ونكح[1].

أما إذا اتجهت إرادة العاقد فى إنشاء عقده إلى جعله وسيلة لتحقيق غرض لم يكن مقصودا من شرع العقد، فكان هذا الغرض هو الباعث عليه، فإن الرأى فى ذلك يتبع حكم ذلك الغرض فإن كان غرضا مباحا غير محظور لم يؤثر ذلك فى صحة العبارة ولا فى ترتب أثرها عليها؛ لأن الغرض حينئذ حاجة للعاقد. وقد رأى العقد وسيلة إليها فجعله طريقا إلى تحصيلها، ولمثل هذا شرعت العقود على الجملة.

وإن كان غرضا محظورا حرمه الشارع، فقد اختلف فى ذلك رأى العلماء، فمنهم من سوى بين هذه الحال والتى قبلها، فلم يجعل لذلك القصد أثرا، فصحح العبارة ورتب الالتزام المطلوب، ولم يعن بالغرض لأنه باطنى، وإن كان معلوما لدى العاقدين. ومنهم من فرق بينهما، فأبطل العقد بسبب هذا القصد متى قام الدليل عليه، واعتبر العبارة لهذا لاغية لايترتب عليها التزام[2]. ومن الفريق الأول أبوحنيفة والشافعى، ومن الفريق الثانى : أحمد بن حنبل وأبو يوسف ومحمد، وبناء على ذلك تكون الإجارة على عصر العنب لاتخاذه خمرا، والإجارة على حمل الخمر إلى من يشربها، وبيع السلاح للكفار أو للبغاة أو لقطاع الطريق، أو لأهل الفتنة، وهبة المقترض للمقرض عقب القرض، كل ذلك يعتبر عقودا صحيحة عند أبى حنيفة والشافعى[3] ومن يرى رأيهم؛ لأن المدار على

---

(١) راجع رد المحتار والأشباه والنظائر للسيوطى وقواعد ابن رجب.

(٢) وهذا الرأى يتفق وما تقضى به النظرية الحديثة فى الفقه الوضعى الخاصة بالسبب فإنها تقضى ببطلان الالتزام إذا كان الباعث عليه والدافع له سببا غير مشروع. راجع الموجز فى الالتزام للأستاذ السنهورى باشا.

(٣) راجع البعلى على الأشباه والنظائر فى قاعدة : الأمور بمقاصدها. وفى فتاوى قاضيخان: ذمى استأجر مسلما ليحمل له خمرا . أو استأجر بيتا ليتخذه كنيسة جاز عند أبى حنيفة، وقال صاحباه: لايجوز : وعلى هذا الخلاف إذا استأجر ذمى من مسلم دابته لحمل الخمر أو استأجر مسلم ذميا لرعى الخنازير ا.هـ من باب الإجارة الفاسدة.

العبارة الظاهرة وهي سليمة. أما النيات والمقاصد، فمتروك أمرها إلى الله، وتستوجب إثم صاحبها فقط ولاتقتضي إبطال عقده. قال الشافعي في الأم «أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم أبطله بتهمة، ولابعادة بين المتبايعين، وأجزته لصحة الظاهر، وأكره لهما النية، إذا كانت النية لو ظهرت كانت تفسد البيع[1]، كما أكره للرجل أن يشترى السيف على أن يقتل به! ولايحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أن يقتل به ظلما، لأنه قد لايقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع. كما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أن يعصره خمرا ولا أفسد البيع إذا باعه إياه، لأنه باعه حلالا، وقد يمكن ألا يجعله خمرا أبدا، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحدا أبدا» إلى آخر ماقال [2]. وذهب الحنابلة إلى إبطال كل هذه العقود، وكذلك كل عقد يعين على معصية إذا ظهر القصد وإن جاز أن يزول ذلك القصد ويتبدل؛ لأنها قد اتخذت وسيلة إلى أمر غير مشروع، وماجعلها الشارع وسيلة إلى محرم، وفي تصحيحها الإعانة على المعصية، والإعانة عليها بأى طريق أمر محظور [3]. بل ربما كان الوصول إليها بطريق الخديعة والغش

---

(١) إذا أظهر العاقد نيته المحظورة عند التعاقد بأن جعلها شرطا في العقد فسد العقد وبطل، كما إذا باعه هذا العنب على أن يعصره خمرا وقبل المشترى ذلك ا. هـ روض «ج٢ ص٣٢».

(٢) راجع الأم «ج٣ ص٦٥».

(٣) ومن هذه العقود: زواج المحلل وبيع العينة، فزواج المحلل أن يتزوج شخص مطلقة غيره ثلاثا ليحلها له، فإنها بالطلقة الثالثة كانت قد حرمت على مطلقها لايجوز له أن يتزوجها إلا إذا تزوجت بغيره ودخل بها ثم فارقها، فإذا ما أقدم ذلك الشخص على زواجها لا لتدوم العشرة بينهما ولكن ليطلقها بعد دخوله بها حتى تعود إلى زوجها الأول بعد انقضاء عدتها لم يكن ذلك قاصدا مايحل له شرعا. لأن الزواج لم يشرع مؤقتا، ولم يشرع لمتعة لا يراد بها إلا تحقيق هوى لشخص آخر من إعادة مطلقته إليه، ولا ليكون حيلة يحتال بها على رفع تحريم، فإذا ماقصد ذلك الشخص هذا فقد قصد خلاف ماشرع له الزواج. ولم يكن في الواقع متزوجا، وإنما كان كالتيس المستعار، كما يقولون. وبيع العينة ـ أى السلف ـ هو أن يتخذ البيع وسيلة إلى اقتراض مبلغ بأكثر منه، وإن شئت قلت إلى معاملة ربوية محرمة، وقد يكون خاليا من الواسطة، وذلك كأن يشترى شخص من آخر عينا من الأعيان بألفي جنيه مؤجلة إلى سنة ثم يبيعها له في الحال ـ قبل أن يؤدى ما اتفقا عليه من الثمن ـ بثمن حال مقداره ١٦٠٠ جنيه مثلا، سواء أحصل ذلك قبل تسلم العين أم بعد تسلمها. فإن نتيجة هذا البيع أن المشترى قد حصل على ١٦٠٠ جنيه ليدفعها بعد سنة ٢٠٠٠ جنيه، وماشرع البيع لمثل هذا، وقد يكون بواسطة كأن تتم الصفقة السابقة على الصورة الآتية: فيشترى العين الراغب في القرض بألفي جنيه مؤجله إلى سنة، ثم يبيعها لشخص ثالث بثمن حال مقداره ١٦٠٠ جنيه. ثم يبيعها ذلك الشخص الثالث لبائعها الأول بهذا الثمن حالا، وكانت النتيجة أن العين ردت إليه. وأنه قد دفع في الواقع ١٦٠٠ جنيه لترد إليه بعد سنة ٢٠٠٠ جنيه. وقد اختلف الفقهاء في حكم زواج المحلل. فذهب كثير من الفقهاء إلى أنه صحيح مادام خاليا من ألفاظ تدل على توقيته وعلى أنه إنما أنشئ لذلك الغرض، فإن =

أشد نكرا من الوصول إليها بطريق ظاهر علنى إذ يمكن حينئذ ملافاته (١).

= لم يخل من ذلك كأن تزوجها على أن يحلها للأول كان فاسدا عند بعضهم، ومنهم أبو يوسف؛ لأنه فى معنى الزواج المؤقت. وروى عن محمد أنه يصح ولكن لايفيد حلها للأول، معاملة للزوجين بنقيض قصدهما زجرا وعقابا، لمخالفتهما أمر الشارع، وذهب أبو حنيفة إلى أنه فى هذه الحال نكاح صحيح، ولكنه مكروه، أما صحته فمرجعها أن النكاح لاتفسده الشروط الفاسدة وهذا نكاح بشرط فاسد، وسيأتى بيان ذلك فيترتب عليه الحل، وأما كراهته فللنص عليها فى السنة «راجع ابن عابدين».

وكذلك قالوا فى بيع العينة ـ إذا كان بالواسطة ـ أنه بيع صحيح لسلامة عبارته، ولا اعتبار بالنوايا لعدم وجود ألفاظ تدل عليها. وكذلك الحكم إذا خلا من الواسطة عند الشافعى رحمه الله تعالى. لأنه كالبيع لشخص ثالث فى هذه الحالة بأقل من ثمنه، وذلك جائز لثبوت الملك للمشترى وصيرورته به أهلا لأن يتصرف فيه ويبيعه لمن يريد، وذهب أبو حنيفة ومالك وأحمد إلى أنه عند خلوه من الواسطة يكون بيعا فاسدا، لورود النهى عنه، فقد روى أحمد بن حنبل «أن أم ولد زيد بن أرقم دخلت على عائشة ـ رضى الله عنها ـ فقالت لها: إنى بعت من زيد غلاما بثمانمائة درهم نسيئة واشتريته منه بستمائة نقدا. فقالت عائشة: أبلغى زيدا أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله ﷺ إلا أن تتوب، بئس ما اشتريت وبئس ما شريت» وذلك لأن الثمن لايدخل فى ضمان البائع قبل قبضه، فإذا عاد إليه بدله وهو ملكه الذى كان له، وبقى له مع ذلك بعض ذلك الثمن فهو ربح حصل له لا على ضمانه فى غير مقابل فلا يحل به، ويرى الحنابلة بطلان هذين العقدين لما بينا.

(١) وأما المالكية فقد وقفوا موقفا وسطا بين الرأيين فلم يروا بطلان هذه العقود كما رأى الحنابلة، ولكنهم رأوا أن يجعلوها عقودا صحيحة، ولكنهم لايجوزون أن تبقى آثارها بل يجبر المشترى مثلا على بيع ما اشتراه أو إخراجه من ملكه حتى لايتخذه وسيلة إلى معصية. قال فى منح الجليل: ويمنع بيع آلة الحرب للحربيين من سلاح وكراع وسروج ونحوها. كنحاس وخباء وآلة سفر، ويجبرون على بيعه إن وقع، ويمنع بيع الدار لمن يريد أن يتخذها كنيسة والخشب لمن يريد أن يتخذه صليبا والعنب لمن يعصره خمرا، كما يمنع بيع جارية لأهل الفساد الذين لاغيرة لهم . ا. هـ «ج٢ ص٤٦٩».

خلاصة الباب

علمنا مما سبق أن العقد نتيجة إرادة، وعبارة دالة عليها؛ وأن الإرادة وحدها - وإن كانت أساس إنشاء العقود - لاتغنى فى ذلك شيئا، لأنها أمر باطنى لايصلح أساسا تبنى عليه معاملات الناس، وعلى ذلك فلا ينشأ الوقف مثلا بإرادة جازمة قامت بنفس الواقف على أنه قد وقف أرضه على الفقراء من غير أن يتلفظ بذلك.

وكذلك العبارة لاتغنى وحدها فى إنشاء العقود، فإذا لم يكن وراءها إرادة لم ينشأ بها عقد، ومع ذلك فالعبارة إذا صدرت لم تخرج عن حال من الحالات الآتية:

الأولى - أن تصدر من غير قصد إلى أنها سبب شرعى تترتب عليه آثاره الشرعية كأن تصدر من غير قصد أصلا، كما فى عبارة المجنون والنائم، وما فى حكمهما، وكما فى عبارة السكران بغير محظور، فمن العلماء من طرد الحكم فيه، ومنهم من أخذه بعبارته زجرا له وتغليظا عليه، أو أن تصدر مع القصد إلى التلفظ بها لا باعتبارها سببا شرعيا منشئا للعقد، كما فى عبارة شخص لقنها دون أن يفهمها، وكما فى عبارة المدرسين والقارئين. فعبارة هؤلاء جميعا حركات لسانية لاينشأ بها عقد.

الثانية - أن تصدر مع القصد إلى أنها سبب شرعى تترتب عليه آثار شرعية، ولكن من غير إرادة تلك الآثار، كما فى عبارة الهازل، وكما فى عبارة المكره. أما عبارة الهازل فالجمهور على أنها لاتنشئ عقدا لعدم الإرادة المصاحبة لها، وذلك فيما عدا خمسة عقود جاء النص بها، وهى الطلاق والنكاح والرجعة والعتق واليمين، واعتمدها الشافعى فى أحد قوليه فى كل العقود. لوجود قصد الهازل إلى النطق بها واختياره. وإذا كان لم يرد منها آثارها فذلك مردود عليه؛ لأنه يريد بذلك تغيير المشروع، وهو لايملكه. وأما عبارة المكره، فقد ألغاها كذلك بعض العلماء فى جميع العقود، واعتمدها بعضهم فى العقود الخمسة السالفة الذكر، لورود النص بصحتها مع الهزل. وإذا صحت مع الهزل صحت مع الإكراه لاشتراكهما فى عدم القصد إلى آثارها.

الثالثة ـ أن تصدر من صاحبها مع القصد إلى آثارها، وحينئذ ينشأ العقد لتوافر الإرادة والعبارة، غير أن الإرادة قد تتضمن الرغبة إلى أن يجعل العقد مع ذلك طريقا إلى أمر محرم يحرمه الشارع، وفي هذه الحال إذا تضمنت العبارة مايدل على هذه الرغبة فسد العقد. أما إذا لم تتضمن ذلك فرأى العلماء حينئذ مختلف، فمنهم من أفسد العقد لوجود هذه النية كالحنابلة، ومنهم من وقف عند ظاهر العبارة، ولم يتعدها إلى النوايا فجعل العقد صحيحا لصحة عبارته، وهم الشافعية والحنفية وثمة تفصيل لايتسع المقام لذكره.

باب تأثير إرادة العاقد فى إنشاء العقود وتحديد آثارها

كان التعاقد معروفا عند العرب قبل الإسلام، وكان يتناول أكثر الشئون التى تناولها بعد الإسلام، إن لم يكن قد تناولها جميعا. فكانوا يعرفون عقود المعاوضات المالية، من بيع وإجارة واستصناع ونحوها، ويعرفون عقود التوثيق «التأمينات» من رهن وكفالة وحوالة، ويعرفون عقود النكاح والهبة والوصية والعارية وغيرها من العقود التى جاء الإسلام فأقرها على الجملة، حين وجد الناس يتعاملون بها، ويرتبون عليها مقتضياتها وآثارها التى تواضعوا عليها وهم فى حاجة إليها. ومانظن أن الإسلام جاءهم بتصرف لم يكن معروفا فى الجملة قبله، وعلى هذا! فقد وجدت العقود قبل الإسلام وكانت لها آثارها وأحكام تواضع الناس عليها؛ لأنها إرادتهم التى أعلنوها بأقوالهم، وغايتهم من تعاقدهم، وحاجتهم التى دفعتهم إليه، فرتبوها عليه، وجرى العرف بها، وأصبحت بسبب ذلك نتائج عرفية لعقودهم يلزمهم بها العرف ويوجبها عليهم الخلق ونظام المعيشة، ثم جاء الإسلام فأقر منها ماكان صالحا، وكمل ماكان ناقصا، وحرم ما كان ضارا، وبين لها الحدود، وفصل لها الأحكام، فأقر كثيرا من عقود المعاوضات المالية، كالبيع والإجارة وغيرها، وحرم منها أنواعا أخرى، لما تحويه من الخداع والغرر، وأقر عقد الزواج وحرم منه أنواعا تؤدى إلى امتهان المرأة أو قطيعة القربى، وكذلك حرم كل عقد مالى دخله الربا وأكل أموال الناس بالباطل، وهكذا أصلح المعاملة والتعاقد، وبناهما على الرضا. قال تعالى فى سورة النساء ٢٩ ﴿ **يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾ وقال تعالى فى سورة النساء ٤ ﴿ **فإن طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا**﴾ ثم أوجب الوفاء به، قال تعالى فى سورة المائدة ١ ﴿ **يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾ وفصل أنواعه وأحكامه وشروطه، فكانت العقود بسبب ذلك أسبابا شرعية، أى أن الشارع أقرها وجعلها سببا لوجوب آثارها التى بينها وحددها تفصيلا أو إجمالا.

ومن هذا تتبين أن العقود إنما شرعت للحاجة والمصلحة لا لمحض العبادة، وأنها تنشأ وتوجد بإرادة العاقد الظاهرة، وأن آثارها تتحدد كذلك بتلك الإرادة

• بشرط ألا تتجاوز الحدود التى بينها الشارع، وأن العاقدين يلزمان بها بإيجاب من الشارع.

فأما أنها شرعت للحاجة والمصلحة لا للتقرب والعبادة فذلك مايدل عليه وجودها قبل الشرع، ومايتفق مع طبيعتها، وما يقتضيه إقرار الشرع لها على وجه جعلها كفيلة بأن تحقق للناس مصالحهم، وتوفر لهم رغائبهم وحاجاتهم. ثم لاتكون مع ذلك سببا فى غشهم أو الإضرار بهم، وهذا ماتفيده نصوص الشريعة إجمالا وتفصيلا، ومقتضى ذلك أن تترك الحرية للناس فى أن ينشئوا من العقود ماتدعوهم الحاجة إلى إنشائه، وإن لم يكن معروفا لهم من قبل، متى كان فى مصلحتهم، ولايتعارض مع أسس الدين وقواعده الكلية، وعندئذ يدخل فى عموم قوله تعالى: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾ وقوله تعالى فى سورة الإسراء: ﴿**وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا**﴾ وإلى هذا ذهب فريق من العلماء، وخالف فيه أهل الظاهر، فقالوا: لايجوز إحداث عقد لم يرد به الإسلام؛ لأننا إن أحدثناه ولم نجعله ملزما لم يكن عهدا ولا عقدا، وإن ألزمنا به أنفسنا، فقد أحدثنا فى الدين ما ليس منه، وذلك بأن أوجبنا على أنفسنا ما لم يوجبه الله علينا فى شرعه، ولا إيجاب إلا من الله تعالى.

وفى رأيى أن هذا استدلال لا يفيد؛ لأن الله قد أمرنا بأن نوفى بالعقود على وجه العموم ولم يحصرها. فوجب الوفاء بكل عقد إلا ماحرم الله. والحق ماذهب إليه الآخرون من إطلاق الحرية للناس فى إحداث مايحتاجون إليه من العقود بشرط ألا يتجاوزوا بها حدود الله. غير أن عدم مجاوزة الحدود شرط لايخلو من مرونة، فإن هذه الحدود ليست محل اتفاق بين العلماء، فإن منهم من وسع، ومنهم من ضيق. ويرى ابن تيمية أن كثيرا من أصول الحنفية والشافعية تميل إلى الحظر والتضييق، وإليه كذلك يميل بعض أصحاب أحمد ومالك، بدليل ماقد يعللون به بعض العقود التى رأوا بطلانها بأنها عقود لم يرد بها أثر ولم يصح لها قياس، وفى رأيى أن الناس إذا احتاجوا إلى إحداث التزام لايتناوله عقد من العقود المعروفة ولم يكن فى المعاملة به تجاوز لحد شرعى، فليس فى الدين مايمنع منه، وليس لمن رأى الحظر فى ذلك دليل شرعى صحيح.

وأما أنها تنشأ وتوجد بإرادة العاقد التى يظهرها بعبارته أو مايقوم مقامها، فمبناه ما للعاقد شرعا من حرية التصرف فيما يملك، وأن ليس لأحد عليه فى ذلك ولاية حجر أو منع، وما العقد فى جميع حالاته إلا ضرب من تصرف الإنسان فيما يملكه من مال أو حق، وتصرف الإنسان فى ملكه نافذ بحكم الشارع، فإذا ماعقد العقد نشأ وانعقد وترتب عليه آثاره؛ لأن ذلك هو معنى نفاذه.

وأما أن آثارها تتحدد كذلك بهذه الإرادة بشرط ألا تتجاوز الحدود التى حددها الشارع، فبيان ذلك فى تقرير مايأتى:

- (أ): أن العقود ليست من الأسباب العقلية التى تترتب عليها آثارها ترتبا لازما بمقتضى العقل، وإنما هى أسباب جعلية شرعية، بمعنى أن الشارع جعلها كذلك أو أقر مادرج عليه الناس من اعتبارها أسبابا لآثار معينة محددة أرادها الناس منها ثم بينها الشارع وفصلها، فجعل لكل عقد آثارا خاصة به، تتحقق بها الأغراض الصحيحة التى يقصدها العاقدان من إنشائه، فللبيع مثلا آثار خاصة به، وللإجارة كذلك آثار لازمة لها وهكذا، وآثار كل عقد تسمى بحكمه، وعلى ذلك فحكم كل عقد هو الأثر المترتب عليه أو الغاية المقصودة من إنشائه، وقد حدد الشارع للعقود مع هذا حدودا عامة أو خاصة، يجب على الناس مراعاتها عند إنشائهم لها حتى لاتؤدى بهم إلى نزاع، ولا ينالهم منها غبن، ولا يلحقهم بسببها غرر ولا يلزموا بها على غير رضا منهم واختيار، وحتى لايتخذوها وسيلة وطريقا إلى اقتراف مانهى الله عنه، وليس هذا محل خلاف بين علماء الفقه الإسلامى.

(ب) أن آثار كل عقد تترتب على إنشائه بتمام الإيجاب والقبول دون حاجة إلى ذكرها عند العقد تفصيلا أو إجمالا، وذلك مع ملاحظة استثناء العقود التى تحتاج إلى القبض فى تمامها كعقد الهبة فإنها لاتستتبع جميع آثارها إلا بعد الإيجاب والقبول والقبض - كما سيأتى - وعلى ذلك فإذا قال البائع: بعت كتابى هذا بعشرة قروش. وقال المشترى: قبلت. ترتبت آثار هذا العقد بمجرد الانتهاء من صيغته، فيصير الكتاب ملكا للمشترى، ويجب على البائع تسليمه عند أداء الثمن، ويثبت للبائع الثمن فى ذمة المشترى، ويجب على المشترى أداؤه إلى البائع قبل تسليم الكتاب،إلى غير ذلك من الآثار التى سنبينها فى كلامنا على البيع؛ ذلك لأن هذه الآثار هى الدوافع إلى العقد فى العادة، وما أقدم عليه العاقدان إلا من أجل

تحقيقها، ولذا كانت بحكم الأمر الواقع مرادة ومطلوبة لهما من العقد، وكانت إرادة العقد إرادة لها وإن لم ينصا عليها عند عقد العقد، وترتب آثار العقود على تمامها ليس عقليا بل شرعيا كما ذكرنا، ومعنى ذلك أنها لاتتخلف عن تمامها فى نظر الشارع، ولا نعلم خلافا لأحد فى هذا أيضا.

(جـ) وإذا كانت آثار كل عقد معروفة محصورة فقد تكون على وفق حاجة عاقده وغرضه منه، وقد لاتكون كذلك، فإن كانت على وفق حاجته منه لم يحتج في عقده إلى اشتراط شرط فيه ينقص من آثاره أو يزيد فيها، وإن كانت على خلاف ذلك احتاج إلى أن يشترط فيه ما يحقق له غرضه، وعندئذ قد يكون تحقيق غرضه فى أن ينقص بعض آثار العقد فيشترط عند إنشائه مايريد من نقص كأن يبيع إنسان داره على أن يسكنها شهرا قبل تسليمها ففى اشتراط هذا الشرط نقص بالنسبة إلى المشترى، وقد يكون فى أن يزيد فيها فيشترط مايبغى من زيادة كأن يشترى إنسان نخلا على أن تكون له ثمرتها الموجودة المؤبرة، وقد يكون فى الأمرين جميعا فيحتاج إلى أن يشترط فيها ما يفيد ذلك من الشروط كأن تتزوج امرأة شخصا على ألا يسافر بها وألا يتزوج عليها، فإن عدم السفر نقص من آثار الزواج بالنسبة إليه والشرط الآخر زيادة فى آثاره بالنسبة إليها.

ولما كانت حاجات الناس ورغباتهم فى تعاقدهم لاتنتهى عند الحدود المقبولة وكانت شروطهم تابعة لرغباتهم رأى الشارع ألا يترك الأمر فوضى فحدد لهذه الشروط الحدود التى يجب أن تنتهى عندها ولا تتجاوزها، فإذا تجاوزتها أصبحت باطلة غير مستحقة لمن اشترطها ولا ملزمة لمن قبلها، وقد يتجاوزها هذا الحكم إلى العقود التى تضمنتها. وذلك لكيلا يندفع الناس فى شروطهم بدافع أهوائهم إلى ما حرمه الله عليهم من غرر أو غش أو أكل مال بالباطل أو إيطال حق ونحو ذلك مما يؤدى إلى مفسدة أو مضرة.

غير أن الفقهاء قد اختلفوا فى استنباط هذه الحدود وبيانها فتعددت بسبب ذلك مذاهبهم فى الاشتراط واختلفت توسعة على الناس وتضييقا عليهم، فكان أضيقها مجالا مذهب أهل الظاهر وأوسعها مذهب الحنابلة، وفيما بينهما مذاهب الآخرين،وهاك بيان بعض المذاهب:

(١) مذهب أهل الظاهر: ذهب أهل الظاهر إلى أنه لايصح لعاقد شرط إلا

إذا ورد به الشرع، وكل شرط لم يرد به كتاب ولا سنة فهو باطل يبطل به العقد الذى اشترط فيه؛ لأن الرضا به قد قرن بذلك الشرط فإذا بطل الشرط زال الرضا، وإذا زال الرضا بطل العقد؛ لأنه أساس العقود. وقد نقل ابن تيمية عنهم أنهم لم يصححوا شروطا وردت بها السنة بناء على أنها منسوخة أو غير ثابتة. وهذا الرأى لايصلح عليه أمر الناس فقد حصروا الشروط التى يجوز اشتراطها فى عقد البيع فى سبعة، وهيهات أن يفى ذلك بحاجات الناس[1].

(٢) مذهب الحنفية[2] : وقد ذهب الحنفية إلى قسمة الشرط الذى يقترن به العقد ثلاثة أقسام: شرط صحيح، وشرط فاسد، وشرط باطل.

---

(١) وقد ذكروا من هذه السبعة أن يشترى الإنسان سلعة على أن يكون ثمنها مؤجلا إلى ميسرته، لأن الكتاب قد جاء به، قال تعالى : ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ وقد ذهب الجمهور إلى أن هذا شرط فاسد، لأنه يؤدى إلى غرر فقد يوسر سريعا فيقول المشترى ماظننت ذلك قريبا فزدت فى الثمن لأجل ذلك فغبنت وقمرت، وقد يبطئ يساره فيقول البائع ماتوقعت ذلك ولم ألاحظه فى الثمن فغبنت وقمرت. راجع فتاوى ابن تيمية «ج١» والمحلى لابن حزم «ج٨ ص٤١٢».

(٢) ومذهب الشافعية يقارب فى الأساس والتطبيق مذهب الحنفية إلا أنه أشد تضييقا على الناس فإنهم ينوعون الشرط إلى شرط يكون فى اشتراطه غرض عادة وعرفا. وإلى شرط لايكون فى اشتراطه غرض. فإن لم يكن فى إشتراطه غرض كان شرطا لاغيا؛ لأن اشتراطه لعب، فلا يلزم ولا يؤثر فى العقد، وهذا محل اتفاق عند الجمهور. وإن كان فيه غرض عادة نظر فيه، فإن كان من مصلحة العقد المشترط فيه صح ولزم، سواء أكان نفعه لأحد العاقدين أم لهما معا، ومن هذا النوع مايشترط لبيان أحد العوضين فى عقود المعاوضة ككون الأرض المبيعة ذات مصارف ومراوى، أو لتوثيق أحد العوضين كاشتراط كفيل أو رهن عند تأجيل الثمن، أو للاستيثاق من كمال الرضا كما فى شرط الخيار، أو للترفيه على أحد العاقدين فى الوفاء بما التزمه بالعقد كما فى اشتراط تأجيل الثمن. وإن لم يكن فيه مصلحة للعقد كان شرطا فاسدا مفسدا للعقد الذى اشترطه فيه كاشتراط ما ينافى مقتضى العقد كما إذا تزوج شخص امرأة على الا ينفق عليها أو على أن تنفق عليه هى، أو تزوجته على الا ينقلها من منزلها، أو باع شخص سلعة لآخر على الا يبيعها لأحد، وجعلوا من ذلك أيضا استثناء منفعة من منافع المبيع عند بيعه كما إذا باع إنسان داره لآخر على أن يسكنها شهرا قبل تسليمها، وهذا الموضع محل خفاء إذ لم يعنوا بأن يبنوا مرادهم من مصلحة العقد فى حين أنها كلمة مرنة يمكن أن يتوسع فى معناها إلى درجة تسع كل مايشترطه العاقدون من شروط لأنهم لايشترطون شرطا إلا إذا رأوا مصلحة فى اشتراطه، وإذا كان فيه مصلحة كان مصلحة العقد كى يتم وينشأ ثم لماذا لايكون اشتراط استثناء منفعة من منافع المبيع من مصلحة عقد البيع إذا كان البائع لا يبيع إلا على هذا؟

وقد ذهب الشيخ زكريا الأنصارى فى رفع هذا الإبهام إلى أن الشرط إذا كان يؤدى إلى بقاء صلة بين العاقدين بعد تمام العقد لايكون من مصلحة العقد اشتراطه لأنه قد يسبب نزاعا بينهما يفضى إلى فسخه، وإن لم يؤد إلى ذلك كان من مصلحة العقد وصح عند ذلك اشتراطه بخلاف الحالة الأولى. وأرى أن هذا لايفيد؛ لأن كثيرا من الشروط التى نص الشافعية على صحة اشتراطها قد يترتب عليها بقاء صلة بين العاقدين كما فى اشتراط إعطاء رهن بالثمن عند تأجيله، إذ لاشك أنه يؤدى إلى بقاء صلة بين العاقدين وهو ارتباط الرهن، وقد يكون مثار نزاع فى مقداره أو فى اليد عليه. راجع أسنى المطالب على روض الطالب، ونهاية المحتاج، وفتاوى ابن تيمية من الجزء الثالث.

فالصحيح ماكان مقتضى للعقد أو مؤكدا لمقتضاه أو جاء به عرف، وهو بهذا المعنى يتناول تعريف الشافعية له: بأنه ماكان فى مصلحة العقد وفى اشتراطه غرض عادة.

واشتراط هذا الشرط ملزم والعقد معه صحيح ولانعلم فيه خلافا لأحد إلا أهل الظاهر، غير أنه إذا كان مقتضى للعقد فاشتراطه كعدمه؛ لأنه واجب على كل حال إما بالعقد وإما بالشرط، ومثاله اشتراط الرد عند العيب، وتسليم الثمن قبل تسليم المبيع فى عقد البيع، وإنفاق الزوج على زوجته بالمعروف، وإحسان معاشرتها فى عقد الزواج، ونحو ذلك.

واشتراط مايؤكد مقتضى العقد، أو بعبارة أخرى ما يكمله كاشتراط دفع الثمن حالا فى البيع، وتقديم كفيل أو رهن بالثمن [1] عند تأجيله، واشتراط وصف مرغوب فيه فى المبيع كأن يكون للأرض المبيعة مصرف أو مروى، واشتراط اتصال الدار بالمصارف العامة، فكل هذه الشروط صحيحة ملزمة يصح معها العقد؛ لأن اشتراطها مؤكد لمقتضى العقد ومكمل له، فدفع الثمن حالا وتوثيق الثمن عند تأجيله بالرهن أو بالكفالة مؤكد لوجوب الثمن وأدائه، واشتراط تلك الأوصاف مرغب فى العقد ومحقق لرغبات العاقد ورضاه بالعقد.

واشتراط ماورد به الشرع كاشتراط خيار الشرط مدة معلومة واشتراط تأجيل الثمن وتقسيطه وهو شرط صحيح لورود الشرع به، وإن كان مخالفا لمقتضى العقد.

واشتراط ماجرى به العرف كاشتراط المشترى على البائع أن يقوم على إصلاح ما اشتراه من آلة أو سيارة أو ساعة مدة معلومة، وهو صحيح أيضا لأن جريان العرف به أبعد عنه النزاع والغرر.

والشرط الفاسد: ما لم يتوافر فيه ماقدمناه من الأوصاف فى الشرط

---

(١) إنما يصح شرط الرهن إذا كان الرهن معلوما وأعطى فى مجلس العقد، فإن كان مجهولا كان شرطا فاسدا؛ لأنه يؤدي إلى نزاع أو غرر. واشتراط الكفيل صحيح إذا كان حاضرا فى مجلس العقد أو كان غائبا ثم حضر قبل افتراق العاقدين وكفل فى الحالين، أما إذا كان غائبا وكفل حين علم أو لم يكفل كان الشرط فاسدا؛ لأنه يؤدى إلى نزاع. راجع قاضيخان فى باب الشروط من كتاب البيع.

الصحيح ولكنه يحقق منفعة لأحد العاقدين أو لإنسان آخر غيرهما كمن يبيع دابة ويشترط لنفسه أن تحمله إلى منزله، أو يبيع دارا ويشترط لنفسه ألا يسلمها إلا بعد شهر يسكنها فيه [1]، وكأن تشترط امرأة على زوجها فى عقد الزواج ألا ينقلها من بلدها، وكأن يشترى ثوبا على أن يخيطه له البائع، أو يبيع أرضا لإنسان على أن يؤجرها فلان مدة كذا كل سنة بكذا، وهكذا كل شرط يخالف مقتضى العقد، ويحقق منفعة لأحد العاقدين. وهذا النوع من الشروط إذا اقترن بعقد معاوضة مالية أفسده وفسد معه كالبيع والقسمة والصلح عن مال والإجارة والمزارعة والمساقاة والإبراء من الدين، ويلحق بهذه العقود الرجعة كما قالوا [2].

والسبب فى فساد العقد باشتراطه أنه يتنافى مع مقتضاه، فإذا طالب مشترطه بتحقيقه بناء على الاشتراط امتنع الآخر من ذلك بناء على العقد ومقتضاه، وهذا نزاع رأى الشارع أن يجنب عقود المال إياه فجعل العقد فاسدا بما اشترط فيه. أما بيان مايترتب على العقد الفاسد من أثر فموضعه فى الكلام على أحكام العقود تفصيلا.

وإذا اقترن هذا النوع من الشروط بعقد ليس معاوضة لم يؤثر فى العقد، فيصح العقد ويلغو الشرط خلافا لابن شبرمة [3]، إذ ذهب إلى صحة الشرط والعقد، لافرق بين عقد معاوضة وعقد آخر «راجع فتاوى قاضيخان من باب الشروط فى البيع».

---

(١) اشتراط استثناء منفعة من منافع المبيع فى عقد البيع شرط فاسد عند الحنفية وكأن حديث جابر رضى الله عنه لم يصح عندهم أو نسخ بحديث آخر كحديث النهى عن بيع الثنيا أو النهى عن بيع وشرط. فقد روى البخارى أن جابرا رضى الله عنه باع النبى ﷺ جملا واشترط حملانه إلى أهله وأقره النبى على ذلك ونقده الثمن. راجع سبل السلام «ج٣ ص٦».

(٢) والقائل بذلك جماعة منهم صاحب الكنز وصاحب جامع الفصولين وصاحب النهر وغيرهم وخالفهم آخرون ومنهم صاحب البحر فقال إن الرجعة لايفسدها اقترانها بالشرط الفاسد ومن ذهب إلى غير ذلك فقد أخطأ، وأيد ذلك بنقول نقلها وبأنها استدامة النكاح فيكون حكمها كحكمه وبأنها تصح مع الإكراه والهزل والخطأ، وقد ذكروا أن مايصح مع الهزل لايفسده اقترانه بالشرط الفاسد إلى آخر ماذكر. راجع البحر وحاشيته «ج٦ ص١٩٦» ورد المحتار «ج٤ ص٢٥٠» وإنى أميل إلى ماذكره صاحب البحر إذ لافرق بين النكاح والرجعة من ناحية الأثر فالواجب أن يكون حكمهما واحدا عند الاقتران بالشرط.

(٣) هو عبدالله بن شبرمة أبو شبرمة «بضم وسكون فضم» الكوفى قاضى الكوفة، كان فقيها أديبا دينا حسن الخلق قليل الحديث، توفى سنة ١٤٤ هـ، روى عن أنس وأبى الطفيل وروى عنه شعبة والسفيانان وابن المبارك وغيرهم. تقريب التهذيب وخلاصة التهذيب.

وعلى رأى الحنفية لايؤثر الشرط الفاسد فى عقود التبرع كالهبة والصدقة والقرض والوصية والعارية، ولا فى عقود التوثيق، كالرهن والكفالة والحوالة، ولا فى النكاح والطلاق والخلع، ولا فى الشركة والمضاربة والوصاية ، ولا فى الإقالة «لما فيها من معنى الفسخ» ولا فى الصلح عن دم العمد والإذن بالتجارة، فهذه العقود كلها تصح مع الشرط الفاسد ويلغو الشرط. «راجع الفتاوى الهندية ج٤ ص٣٩٦» [١].

وإنما لم يؤثر فيها هذا النوع من الشروط مع بطلانه إذا اشترط فيها؛ لأنها لما خلت من معنى المعاوضة لم يكن هذا الشرط فيها أساسا لموازنة بين عوضين، وإنما وقع فيها على أنه تكليف وفرض من مشترطه، وهو تكليف غير مشروع فيبطل ولايلزم، ويصح العقد لذلك، بخلاف عقد المعاوضة، فإن الشرط فيه أساس لتحقق الرضا، فإذا لغا بطل الرضا وفسد العقد بناء على ذلك.

والشرط الباطل: هو ما لم يتوافر فيه ماذكرنا فى الشرط الصحيح والشرط الفاسد، فهو شرط ليس مقتضى للعقد ولا مؤكدا له. ولم يجىء به شرع، ولم يجر به عرف، وليس فيه منفعة لأحد واشتراطه كعدمه، إذ لاغرض فيه ولا مطالب به فيبطل، ولايؤثر اشتراطه فى صحة العقد، سواء أكان معاوضة أم لا؛ لأن اشتراطه أشبه باللعب منه بالجد. ومثاله أن يبيع شخص سيارة على ألا يركبها أحد ساعة معينة من الزمن، وإلى هذا ذهب الشافعى وأحمد. «راجع الفتاوى الهندية، والدر المختار، والبحر، وفتاوى ابن تيمية ج٣».

(٣) مذهب المالكية والحنابلة: توسع المالكية والحنابلة فى جواز الاشتراط

---

(١) ذهب ابن أبى ليلى إلى أن الشرط الفاسد إذا ما شرط فى عقد من العقود كان باطلا ولايؤثر فى العقد فيصح العقد ويلغو الشرط لافرق بين عقد معاوضة وآخر. واستدل على ذلك بحديث بريرة فقد ورد أنها طلبت من السيدة عائشة رضى الله عنها أن تعينها فى بدل كتابتها، فقالت لها عائشة : إن أحب أهلك أن أعده لهم على أن يكون ولاؤك لى فعلت، فأبوا عليها ذلك، فرجعت بريرة إلى عائشة وإلى رسول الله ﷺ فأخبرتهما فقال عليه الصلاة والسلام لعائشة : «خذيها واشترطى لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق». ففعلت عائشة ذلك، ثم قام رسول الله ﷺ فى الناس فقال: «مابال رجال يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط،قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، إنما الولاء لمن أعتق». . فكان شراء عائشة لبريرة على هذا الشرط صحيحا والشرط باطلا.

فأجازوا من الشروط ما لم يجزه غيرهم وكان الحنابلة أكثر توسعة على الناس [1] لأن مجال الشروط الصحيحة عندهم أوسع فيصححون كل ما للعقد مصلحة فى

---

(١) قسم المالكية الشرط قسمين: شرط يقتضيه العقد وشرط لايقتضيه فالأول اشتراطه كعدمه، والثانى نوعان: أحدهما ـ الشرط الذى لاينافى مقتضى العقد ولا يؤدى إلى الإخلال بشرط من شروط صحته. والثانى الشرط المنافى لمقتضى العقدأو المؤدى إلى الإخلال بشرط من شروط صحته. فالأول شرط صحيح، اشتراطه ملزم والعقد معه صحيح ويجب الوفاء به إن أمكن وإلا فسخ العقد، وذلك لأن فيه مصلحة لمشترطه وهو لا يؤدى إلى محظور وقد تم العقد عليه، ومن أمثلته : اشتراط التأجيل إلى أجل معين، واشتراط التوثيق عند ذلك برهن أو كفيل، واشتراط وصف معين ممكن التحقق فى أحد العوضين واشتراط استثناء منفعة معينة من منافع المبيع، واشتراط عمل من البائع فى المبيع، كأن يحمله إلى مكان كذا أو كأن يخيطه ثوبا، ومن ذلك أن يبيع شخص إحدى داريه المتجاورتين فيشترط على المشترى ألا يرفع بناء على الجدار الفاصل بينهما يمنع الهواء أو الشمس عن داره الأخرى. وإذا شرط هذا النوع من الشروط فى عقد الزواج كان اشتراطه مكروها ويستحب الوفاء به ولايجب. وإذا كان الشرط من قبل الزوجة فلم يف به الزوج لم تستحق عليه الزوجة بسبب ماقد يكون نقصه من مهرها لأجل هذا الشرط، إلا أن يكون ذلك فى معاوضة مستقلة عن عقد الزواج أنشأها بعد تمامه، ومن أمثلة ذلك: أن تشترط فى عقد الزواج عدم التزوج عليها أو عدم إخراجها من منزلها. ومرجع التفرقة بين عقد الزواج وغيره من العقود أن الشرط فى الزواج يعتبر من قبيل الترفيه وليس أساسا للرضا. وفى غيره يعتبر أساسا للرضا بالعقد فيلزم. أقول: لا يظهر لى من كلام المالكية ماذا يريدون بمقتضى العقد فإن أرادوا به أثره وحكمه لم يظهر لنا كيف لايعدون استثناء منفعة من منافع المبيع منافيا لعقد البيع فى حين أنه يقتضى تمليك المبيع بجميع منافعه من وقت العقد. ولعلهم قد بنوا صحة اشتراط ذلك على حديث جابر المتقدم استثناء من الأصل فأخذوا منه صحة استثناء منفعة من منافع البيع إذا كان استثناؤها لايؤدى إلى نزاع.

والثانى: شرط غير صحيح غير أنه إن أدى اشتراطه إلى الإخلال بشرط من شروط صحة العقد كان موجبا لبطلان العقد المشترط فيه ولم يكن للعاقدين خيار فى إمضائه؛ لأنه شرط يحل ماحرمه الله، وذلك كأن يكون الشرط مؤديا إلى جهالة توجب نزاعا كاشتراط دفع الثمن عند الميسرة، واشتراط الخيار مدة غير معلومة، واشتراط دفع ثمن الأرض المبيعة من أثمان ما تنتجه من الثمرات فى مدة معينة. وكأن يكون مؤديا إلى الوقوع فى المحرم كاشتراط المرتهن أن ينتفع بالرهن مادام تحت يده؛ لأن هذا من الربا، وهكذا من الشروط التى يترتب عليها فوات مايلزم فى العقد من الشروط.

وإن كان منافيا لمقتضى العقد كأن يتسبب عنه الحجر على أحد العاقدين فيما يملكه بمقتضى العقد مثل أن يشترط على المشترى ألا يبيع المبيع مدة من الزمن أو لا يؤجره لفلان أبدا أو لايهبه أو لاينتفع به انتفاعا معينا، أو يشترط عليه أن يبيعه لفلان خاصة إذا أراد بيعه أو أن يبيعه بنفس الثمن الذى اشتراه به، فهذا النوع من الشروط فاسد موجب لفساد العقد الذى اشترط فيه مادام متمسك به مشترطه فإن تركه صح العقد ونفذ، وفى هذا تفصيل طويل فى كتاب الالتزامات للحطاب.

أقول: قد يلاحظ على بعض هذه الأمثلة المتقدمة أنها ليست إلا استثناء منفعة معينة من منافع المبيع فإن منع بيع المبيع مدة من الزمن وكذلك منع هبته وكذلك عدم الانتفاع به على شكل معين ليس إلا استثناء منفعة من منافع المبيع، وقد ذكرنا أن المالكية يجوزون استثناء منفعة معينة من منافع المبيع، ويجاب عن ذلك بأن هذه الشروط ليست من قبيل استثناء المنافع وإنما هى حد للملكية، وفرق بين الأمرين. فالمنافع التى تستثنى هى المنافع التى يمكن أن يملكها مالكها لغيره بواسطة عقد من العقود كالسكنى، إذ يمكن أن تملك بالإجارة أو الإعارة، فإذا استثنيت صح استثناؤها إذ لا فرق بينه وبين أن تملك بعقد آخر، ولكن اشتراط عدم بيع المبيع لايمكن أن يملك لأحد بعقد من العقود. ولايمكن إلا أن يكون نقصا فى الملكية وحدا من أثرها فكان منافيا لمقتضى العقد وكان اشتراطه فاسدا مفسدا.

اشتراطه كاشتراط صفة فى الثمن أو توثيقه عند تأجيله، وكاشتراط صفة في المبيع واستثناء منفعة من منافعه فى عقد بيعه كسكنى الدار المبيعة مدة معلومة، وحملان الدابة إلى مكان معين، ويصححون كذلك اشتراط منفعة من العاقد كحمل البائع المبيع إلى مكان معين، وخياطته الثوب للمشترى، ويصححون أن تشترط الزوجة على زوجها فى عقد الزواج ألا يسافر بها، أو لاينقلها من منزلها، أو ألا يتزوج عليها؛ لأن فى هذه الشروط منفعة لها ويوجبون على الزوج الوفاء بها وإلا كان للزوجة حق فى فسخ العقد. وعلى الجملة يصح مايشترطه العاقد فى عقده إلا فى الأحوال الآتية:

الأولى - أن يكون شرطا موجبا لإنشاء عقد آخر كأن يبيع شخص لآخر الدار على أن يؤجرها لفلان. وكأن يقرضه مبلغا على أن يهبه كتابا؛ ذلك لأن رسول الله ﷺ نهى عن صفقتين فى صفقة، وهذا النوع من الشروط فاسد يفسد به العقد الذى اقترن به [1]؛ لأنه شرط يؤدى إلى نزاع فى العقد الذى تم، فقد لايتفق المتعاقدان على إنشاء العقد المشترط فيجر ذلك إلى النزاع فى العقد الآخر.

الثانية - أن يشترط فى العقد ماينافى مقتضاه الشرعى [2]، كأن يشترط على المشترى ألا يبيع ما اشتراه أو ألا يقفه على إنسان معين، أو أن يشترط المشترى على البائع أنه إذا باعه بأقل مما اشترى رجع عليه بالفرق. وهذا النوع من الشروط فاسد لايفسد به العقد فيصح العقد ويلغو الشرط؛ لأنه يعتبر رفعا للعقد الذى رضيه العاقدان فيكون لغوا [3].

---

(1) راجع الشرح الكبير وكشاف القناع «ج٣ ص١٥٥».

(2) ذهب ابن تيمية إلى أن المراد بمقتضى العقد مقصوده الأصلى وهو الغرض الذى لاتخلو منه صورة من صور العقد، وبنى على ذلك أن كثيرا من الشروط التى يجعلها الحنابلة فاسدة لأنها تنافى مقتضى العقد شروط صحيحة، كأن يبيع شخص ارضه لآخر ويشترط عليه أن يقفها فى سبيل الله، أو كأن يهبه مالا ويشترط عليه أن يسدد به دينه. أو عينا ويشترط عليه أن يوصى بها. ويرى ابن تيمية ان الملك يتنوع أنواعا كثيرة بما قد يلابسه من الإطلاق والتقييد، فهناك الملك التام المطلق وهناك ملك أم الولد وهو لايفيد جواز البيع ولا يترتب عليه ميراث، وهناك ملك المرهون وغير ذلك من أنواع الملك، وكلها أنواع مختلفة الآثار. وعلى ذلك فليس مايمنع أن يكون ثبوت أى نوع من هذه الأنواع مفوضا إلى الإنسان يثبت منه مايرى مصلحته فى ثبوته، ويمتنع من إثبات ما لامصلحة له فيه، وقد قال ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا» فكل شرط صحيح لازم إلا شرطا يراد به جعل المحرم فى ذاته حلالا أو جعل الحلال حراما فى ذاته. راجع فتاوى ابن تيمية «ج٣».

(3) راجع منتهى الإرادات «ج٢ ص١٦٣».

الثالثة ـ أن يجمع فى العقد بين شرطين لحديث «لايحل شرطان فى بيع».
وقد اختلف الحنابلة فى المراد بالشرطين فذهب بعضهم إلى أن المراد بهما أى شرطين ولو كانا صحيحين، وآخرون إلى أن المراد بهما الشرطان الفاسدان، وكلا التفسيرين غير ظاهر، إذ لا يظهر للنهى عن شرطين صحيحين حكمة مع شدة حاجة الناس إلى ذلك، ولامعنى للنهى عن شرطين فاسدين مع ثبوت النهى عن أحدهما [١] ولذا فهذا الموضوع غير بين.

وخير الآراء ماذهب إليه ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة : وهو أن كل شرط صحيح ما لم ينه عنه الشارع، إذ الأصل فى العقود وفى شروطها الإباحة والصحة حتى يقوم الدليل على المنع؛ لأنها من العادات التى تراعى فيها مصالح الناس، وقد قال عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا» [٢].

وأما أن العاقدين يلزمان بآثار عقدهما بإيجاب من الشارع الحكيم؛ فذلك بسبب توافر الآيات البينات على ذلك، قال تعالى فى بداية سورة المائدة ﴿ **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾ فهذه الآية بعمومها تدل على وجوب الوفاء بكل عقد

---

(١) راجع الشرح الكبير.

(٢) الأصل فى الاشتراط أن يكون عند التعاقد وأن يتم التعاقد عليه ولكن قد يتقدم الشرط على التعاقد وقد يتأخر عنه، فإذا تقدم لم يكن له تأثير فى التعاقد، ولم يترتب عليه إلزام عند الحنفية لأن الإقدام على العقد بدون الرجوع إلى ذكره إعراض عنه. وإلى هذا ذهب الشافعية كما فى نهاية المحتاج وهو قول فى مذهب أحمد. وقال ابن عابدين فى رد المحتار: وينبغى أنه إذا تقدم الشرط العقد واتفق العاقدان على أنهما بنيا عليه العقد أصبح بذلك فى حكم الشرط المقارن كما يؤخذ ذلك من كلامهم فى بيع الهازل.

وذهب أحمد وغيره من أهل الحديث وفقهاء أهل المدينة إلى أن الشروط المتقدمة على العقد والمقارنة له سواء فى الحكم فكلها تؤثر فى العقد ويجب الوفاء بها إذا كانت صحيحة، وهذا هو المشهور عند الحنابلة ومايتفق مع أصولهم.

وإذا تأخر عن العقد كان كالمقارن له عند الشافعية إذا صدر قبل لزومه بأن اتفق عليه العاقدان فى مجلس المعاوضة قبل تفارقهما، أما إذا حصل الاشتراط بعد أن صار العقد لازما لم يلتحق بالعقد. وروى عن أبى حنيفة روايتان: رواية تقضى بأن المتأخر يلتحق بأصل العقد ويصير كالمقارن، وإن كان ذلك بعد لزومه وتمامه. ورواية تقضى بأنه لا يلتحق، وهذه هى الأصح، وهو ماذهب إليه الصاحبان ـ لأن العقد إذا وقع لازما صحيحا لم يغيرا حكمه باشتراطهما ولكن إن شاءا تفاسخاه، وسواء أكان ذلك فى مجلس العقد أم بعده.
وفى جامع الفصولين: إذا تم البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط على وجه العقد جاز البيع ولزم الوفاء بالشرط على أنه وعد، ولكن يجعل لازما لحاجة الناس إلى ذلك، وبذلك أفتى الخير الرملى. راجع رد المحتار من كتاب البيع ص ١٣٥ عند قول الدر ولايصح بيع بشرط. وراجع فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث، وراجع جامع الفصولين «ج٢ ص ٢٤٤».

ينشئه العاقدان، فيجب عليهما الوفاء به، ويجب على الناس إلزامهما بذلك الوفاء إذا ما أراد أحدهما أن ينكث، وقد تمسك الآخر بعقده ـ وقال تعالى فى سورة الإسراء ٢٤ **﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا﴾**، وقال تعالى فى سورة الصف: **﴿ يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لاتفعلون * كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لاتفعلون﴾**.

ولقد أكد الشارع ذلك بأساليب عديدة منها: **الأمر** مع النص على علته كما فى بعض الآيات السابقة، ومنها عده الوفاء بالعهد من صفات المدح، كما فى قوله تعالى فى سورة البقرة ١٧٧ : **﴿والموفون بعهدهم إذا عاهدوا﴾**، وقوله تعالى فى سورة المؤمنون ٨: **﴿والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون﴾** وجاءت السنة بذلك فجعلت الخلف علامة من علامات النفاق فى حديث : «آية المنافق ثلاث: إذا عاهد أخلف، وإذا حدث كذب، وإذا اؤتمن خان» فكان هذا الواجب من آكد الواجبات.

خلاصة الباب

ماشرع التعاقد وأقر إلا لحاجة الناس إليه من حيث إنه نتيجة ضرورية لحياتهم الاجتماعية المدنية، وقد أحيط لذلك بحدود تجنبه أن يتخذ وسيلة إلى الإضرار بأحد، أو العسف بأحد؛ ولهذا كان أوجه الآراء الإسلامية أن لاحرج على الناس أن يستحدثوا من العقود ماتدعوهم إليه حاجتهم وضرورة حياتهم على ألا يتجاوزوا فى ذلك الأسس الشرعية للتعاقد، وعندئذ يكون العقد واجب الإنفاذ بقوله تعالى ﴿**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾ وهذا خلاف لمن ذهب إلى قصر التعاقد على ما أثره الشارع دون دليل سليم يدل على رأيه.

والعقد لايعدو أن يكون تصرفا من الإنسان فيما يملك من مال أو حق، ولذا ألزم به الإنسان عقلا؛ لأن المالك يتصرف فى ملكه كما يشاء كما ألزم به شرعا بالآية السابقة، وبناء على ذلك إذا تم العقد ترتبت عليه آثاره الشرعية التى حددها الشارع وبينها له. فإن تلك الآثار وفق رغبات العاقد فيها، وإن اختلفت عن رغباته بعض الخلاف احتاج إلى التغيير فيها بما يشترطه من شروط تزيد فيها أو تنقص، غير أن هذه الرغبات لما كانت لاتقف عند الحدود المعقولة، كان من الواجب أن تحد لها الحدود منعا للفوضى والعسف، وقد اختلف العلماء فى بيان هذه الحدود خلافا كبيرا نقتصر فيه على بيان رأى الحنفية والحنابلة.

رأى الحنفية: قسم الحنفية الشرط ثلاثة أقسام: صحيح وفاسد وباطل. فالصحيح ما كان مقتضى للعقد، أو مؤكدا لمقتضاه، أو جاء به شرع أو جرى به عرف، فإن كان مقتضى للعقد فاشتراطه كعدمه؛ لأنه واجب بالعقد على أية حال، وإن كان مؤكدا لمقتضى العقد أو جاء به شرع أو جرى به عرف، كان العقد معه صحيحا والشرط لازما، مثال المؤكد اشتراط توثيق الثمن المؤجل فى عقد البيع برهن حاضر أو كفيل حاضر.

ومثال ماجاء به الشرع اشتراط الخيار فى عقد البيع لأحد المتعاقدين، ومثال ماجرى به العرف اشتراط قيام البائع لآلة على إصلاحها مدة معلومة من الزمن تلى العقد. والفاسد ما لم يتوافر فيه شىء مما سبق، ولكن فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو لإنسان آخر سواهما، وذلك كاستثناء منفعة البيع مدة معينة من الزمن للبائع،

واشتراط المشترى للدار على بائعها أن يقوم بدهانها، أو اشتراط البائع على المشترى أن يؤجر المبيع لشخص ثـالث، وهذا الشرط إن اشترط فى عقد معـاوضة أفسدها كالبيع والإجارة والمزارعة والمساقاة والقسمة، وإن اشترط فى عقد توثيق أو تبرع أو فى نكاح أو طلاق على مال لم يؤثر فى العقد وصح العقد ولغا الشرط، والباطل غير ذلك وشرطه لعب، فالعقد معه صحيح والشرط باطل.

رأى الحنابلة: أن كل شرط يشتـرطه العاقدان شرط صـحيح إلا شرطا أحل حرامـا أو حرم حلالا، ومن ذلك اشتـراط صفقـة فى أخرى لنهى النبى ﷺ عن صفقتـين فى صفقة كأن يبيع أرضه لشـخص على أن يؤجرها له، ومثل هذا شرط مفسد للعقـد، وكذلك اشتراط مايرفع العقد كاشتـراط البائع على المشترى ألا يبيع لأحد، وهذا الشرط باطل لايؤثر فى العقد، فالعقد صحيح والشرط باطل.

باب اتصال آثار العقد بصيغته

من العقود ماتكون صيغته كافية فى ترتب آثار العقد عليها، وهذا هو الأصل فى العقود، وهو متحقق فى العقود التي لايتوقف تمامها على القبض. ومنها مالا تكفى صيغته فى ترتب آثاره عليها، بل يحتاج معها إلى القبض لكى يتم بهما العقد، وتترتب عليه آثاره. وهذه العقود هى (الهبة والصدقة والعارية والوديعة والرهن والقرض) [١] والشركة والمضاربة[٢] فلا يتم عقد من هذه العقود بمجرد الإيجاب والقبول، بل يتوقف تمامه وإفادته لآثاره على القبض [٣].

سبب توقف تمامها على القبض: أما الهبة فلحديث: «لاتجوز الهبة إلا مقبوضة» والصدقة نوع منها. وأما الرهن، فلقوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾

---

(١) توقف الهبة على القبض مذهب الحنفية والشافعية، فلا تتم الهبة ولاتفيد آثارها عندهم إلا بالقبض، سواء أتم القبض فى مجلس العقد أم بعد انتهائه أم تقدم العقد، وهذا هو المشهور من مذهب الحنابلة كما فى كشاف القناع. (وذهب المالكية إلى أن صدور صيغة الهبة يترتب عليه آثارها فيتملك الموهوب له العين الموهوبة، ويطالب الواهب أن يسلمها إليه، وهذا القول رواية فى مذهب أحمد، وغاية الأمر عند المالكية أن القبض يمنع بطلان الهبة بموت الواهب أو بإحاطة الدين به، وتفصيل ذلك يعلم من كتبهم. راجع (منح الجليل).

والصدقة نوع من الهبة وعلى ذلك فحكمها من حيث توقفها على القبض حكم الهبة. وكذلك توقف العارية على القبض مذهب الحنفية فلا يملك المستعير منفعة العارية إلا بعد قبضها، ويرى الشافعية والحنابلة أن الإعارة من قبيل الإباحة ولا يلزم المعير أن يمضى فيها، وعلى ذلك فلا معنى لعدها من العقود عندهم إلا إذا كانوا يطلقون العقد علي مجرد الإذن. أما المالكية فالمشهور عندهم أن أثر العارية يترتب على صدور الصيغة؛ ولذا تلزم عندهم بمجرد القول إذا قيدت بمدة. راجع منح الجليل. ولاتتم الوديعة اتفاقا إلا بالقبض . ولا يتم الرهن ولايلزم إلا بالقبض عند الحنفية والشافعية والحنابلة، وذهب مالك إلى أنه يلزم بمجرد صدور الصيغة فيكون لصدورها أثر هو مطالبة المرتهن بتسليم العين المرهونة. ومع هذا فهو يرى أن الرهن لايتم إلا بالقبض للآية؛ ولذا لايكون للمرتهن حق امتياز على العين المرهونة إلا إذا قبضها.

وتوقف القرض على القبض مذهب الطرفين فلا يتم القرض عندهما إلا بالقبض وبه يتملك المقترض العين المعطاة وإلى هذا ذهب الشافعي، وذهب أبو يوسف إلى أن المقترض لايمتلك إلا باستهلاك العين المعطاة، وذهب أحمد إلى أنه لايلزم إلا بالقبض، ويرى مالك أنه يلزم بمجرد القول، فإذا صدرت الصيغة كان للمقترض إجبار المقرض على دفع ما اتفقا عليه من المال.

(٢) راجع الزيلعي «ج٤ ص٢٥٧» من باب الوكالة.

(٣) من العقود مايتوقف تمامه ولزومه على القبض وهى العقود المذكورة، ومنها ماتوقف صحته على القبض، وعلى ذلك فلا تصح إلا إذا قبض أحد البدلين في المجلس كالسلم فإن قبض رأس مال السلم فى المجلس شرط فى صحته كما سيأتى، أو إلا إذا قبض فى المجلس البدلان جميعا، وذلك كما فى الصرف وسيأتى. ومثله مانص عليه الحديث: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد». والفرق بين الحالين أن القبض فى هذه العقود شرط فى صحتها فلابد أن يتقدمها، وفى غيرها شرط لتمامها وإلزامها فلا مانع أن يتأخر عنها.

وإلى هذا يرى أن هذه العقود كلهـا ماعدا الرهن عقود غير لازمة بـالنسبة للمملك ولو جعلت تامة قـبل القبض لاستتبع تمامـها مطالبته بالتنفـيذ، ولا مطالبة إلا عند الإلزام، فوجب ألا تعتبر تامة إلا بالقبض حتى يترتب عليها حكمها بعده، وتتحقق آثارها به، ولايكون بعد ذلك للمطالبة محل.

وهذه العقود إذا حصل فـيها القبض عقب الإيجاب وقـبل القبول أغنى عن القبول وقام حيـنئذ مقامه لدلالته على الرضا، كمـا يغنى كذلك عنه فى غيرها من العقود الأخرى كالبيع (١).

---

(١) إذا كان القبض سابقا على الإيجاب لم يغن عن القبول ولكن استمراره قد يغنى عما يلزم للعقد من قبض وقد لايغنى عن ذلك؛ لأن القـبض نوعان: قبض ضـمان وقبض أمانة. فـقبض الضمـان ما استوجب ضـمان القابض لما قبـضه، وذلك كقبض الغاصب وقـبض من يريد الشراء، وهو أقوى نوعى القبض. وقـبض الأمانة ما لايستوجب ضمان القابض لما يقبضه كقبض المستعير وقبض الوديع وقبض المستأجر. فإذا كان القبض الـسابق على الإيجاب قبض ضـمان أغنى استمراره عن كل قـبض يطلب للعقد فلا يحتـاج إلى تجديده في أية حال. وعلى ذلك إذا اشترى الغاصب ما غصبه من مالكـه فإنه يدخل فى ضمانه بمجرد تمام العقد، وكذلك إذا ارتهنه منه تم الرهن بالإيجاب والقبول، وإذا وهبه له المالك ثبت ملكه بمجرد القبـول. أما إذا كان القبض الـسابق قبض أمانة فلا يقوم استمراره مقام مايطلب للعقد من قـبض إلا إذا كان القبض المطلوب أمانة، أما إذا كان المطلوب للعقد قبض ضمان فـلا يغنى بل يجب تجديد القبض إذ لايقـوم استمرار الضـعيف مقام القـوى بخلاف العكس، وبناء على ذلك إذا ارتهن شخص سيـارة غيره أو استعارهـا أو استودعها ثم وهبهـا له مالكها تم ملكه بمجرد القبـول لقيام استمرار قـبضه الـسابق مقام قبض الهـبة؛ لأن قبض الهبة قبض أمانة فـيقوم مقامه استمـرار أى قبض سواء أكان قبض أمانة كما فى هذه المثل أو قبض ضمان كما إذا كانت الـسيارة مغصوبة فى يد غاصبها ثم وهبت له. أما إذا باعه السيارة فى هذه الصـور فلا تدخل فى ضمان مشتريها بمجـرد قبوله بل لابد من تجديد قبضهـا لأن قبضها الـسابق قبض أمانة فلا يغنى اسـتمراره عن قبض الضمان المطلوب لدخول المبيع فى ضـمان مشتريه، وعلى هذا إذا أتلفت السيارة قبل تجديده تلفت على مالكها لا على من هى فى يده وهو مشـتريها، أما كيفية تجديد القبض فقد بينه الكاسانى بما ملخـصه: إذا كان المبيع فى يد المشترى عند العقد بقبض هو قـبض أمانة كأن كان وديعة أو عارية عنده، أو بقبض ضمـان هو فى معنى قبض الأمانة كأن كان رهنًا لديه «لأنه فى هذه الحال مـضمون بغيره وهو الدين لابقيمته الا ترى أن مـا يزيد منه على الدين اعتبر أمانة» فلا يصير المشترى قـابضا بمجرد العقد إلا أن يكون العقد بحضرة المبيع فيعتبر حينئذ قابضا لتحقق التخلية فإذا لم يكن العقد بحضرة المبيع فلابد لتجديد القبض من النقلة إلى حيث يوجد ليكون متمكنا من قبضه إذا أراد . وفي العناية: تجديد القبض يكون بالانتهاء إلى مكان يتمكن فيـه من قبضه، وعليه إذا كـان المبيع فى حرز مملوك للمشـترى ففى رأيى أن وجوده فيـه يكفى فى تحقيق التخلية بالقول إذا مـضى بعد ذلك زمن يكفى المشترى لأن ينتقل إلى المبيع حـيث هو لو أنه أراد تـسلمه متى كان وجوده محقـقا، إذ لا فائدة من الانتقال فعلا إليـه. راجع فتح القدير «ج٥ ص٠ ٢٠٠» والعناية «ج٧ ص١٥٣» ورد المحتار «ج٤ ص٤٧» والبدائع «ج٥ ص٢٤٨».

قسمة العقد إلى منجز وغير منجز: وإذا تم العقد فترتبت آثاره عليه إثر تمامه مباشرة بدون تأخر سمى منجزا، وإذا تأخرت عن تمامه، فقد يكون تأخرها بسبب إضافة الإيجاب إلى زمن مستقبل، وعند ذلك يسمى العقد مضافا، وقد يكون تأخرها بسبب تعليق الإيجاب على أمر غير موجود، وفى هذه الحال يسمى العقد معلقا، وإذن فصيغة العقد، إما أن تكون منجزة، وإما أن تكون مضافة، وإما أن تكون معلقة، وفى هذه الأحوال الثلاث قد تكون مطلقة وقد تكون مقترنة بشرط.

العقد المنجز: فالعقد المنجز ماصدر على وجه تترتب عليه آثاره فى الحال، وذلك بأن تكون صيغته غير معلقة على شرط بأداة من أدوات التعليق وهى (إن وأخواتها) ولامضافة إلي زمن مستقبل، سواء أكانت مطلقة أم مقترنة بشرط، مثاله فى حال الإطلاق أن يقول شخص لآخر: أجرتك دارى هذه شهرا ابتداء من الآن بكذا، فيقول الآخر: قبلت، ومثاله فى حال الاقتران بالشرط أن يقول له: أجرتك سيارتى هذه ابتداء من الآن ثلاث ساعات بكذا بشرط أن تدفع إلى الأجرة مقدما، فيقول: قبلت.

وحكم العقد المنجز أن آثاره تترتب عليه بمجرد تمامه، فلا تتأجل. وكل العقود يصح تنجيزها، بل هو الأصل فيها ماعدا الوصية والإيصاء، فإنهما مضافان إلى مابعد الموت بطبيعتهما، ولو كانت صيغتهما فى صورتها منجزة، مثال الوصية: أوصيت لفلان بمائة جنيه. ومثال الإيصاء: جعلت فلانا وصيا على أولادى، فلا يفيد كل منهما أثره إلا بعد موت الموصى.

العقد المضاف: والعقد المضاف ماصدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل سواء أكانت مطلقة أم مقترنة بشرط، ومثاله في حال الإطلاق أن يقول شخص لآخر: أجرتك دارى هذه مدة سنة ابتداء من السنة الآتية بكذا، ومثاله فى حال الاقتران بالشرط أن يقول له: أجرتكها هذه المدة بكذا بشرط أن تدفع أجرتها عند ابتداء المدة. فيقول الآخر: قبلت.

وحكم هذا العقد أنه ينعقد فى الحال علة لحكمه، ولكن لايوجد حكمه إلا فى الوقت الذى أضيف إليه فلا يبتدئ عقد الإجارة إلا عند ابتداء السنة الآتية.

العقد المعلق: والعقـد المعلق ماعلق وجـوده على وجود أمر آخـر، فإن كان ذلك الأمر المعلق عليه موجودا وقت التعـليق كان التعليق صوريا، وكان العقد منجزا، مثال ذلك أن يقول شخص لآخـر: إن كان فلان مدينا لك بألف جنيه فأنا كفيل ويقبل الآخر ثم يظهر أن فلانا كـان وقتذاك مدينا بهذا المبلغ، أو يقول رجل لزوجـته: إن كنت ذهبت أمس إلى مكـان كذا فـأنت طالق، وهى قد ذهبت إليـه أمس، ففى هذه الحـال يكون كل من الكفالة والطلاق منجزا، فـتـتم الكفالة ويقع الطلاق فى الحال [1]، وإن كان ذلك الأمر غير موجود ولكنه مستحيل الوجود فإن العقد لاينعقد أصلا، ويكون الغرض من تعليـقه هو إيذان المخاطب باستحالة إنشاء هذا العقد، كما إذا قال شخص لآخر: إن سقطت السماء على الأرض فقد وكلتك فى بيع هذا المنزل، وإن كـان على خطر الوجود، فـيـجـوز أن يوجد وألا يـوجد، فهذا هو المعـلق تعليقا حقـيقيا. وبه لايوجد العـقد ولايترتب عليه حـكمه إلا بعد وجود المعلق عليه. إذ بوجوده يوجد العقد وينشأ فيترتب عليه لذلك أثره، فلو قال شخص لآخـر: إن أقرضت فلانا ألف جنيـه فأنا بها كـفيل وقبل. ثم أقـرضه هذا المبلغ فإن الكفالة تتحقق ويصبح كفـيلا بالمبلغ. وكذا إذا قال له: إن أقرضته ألف جنيه فـأنا بها كفيل بشـرط أن يكون ذلك قبل مضى عـام، فتم ذلك كان كفـيلا، وإذن فالمعلق على الشـرط قد يكون مطلقا كمـا فى المثال الأول وقد يكون مقـترنا بشرط كما فى المثال الثانى.

والفرق بين العقد المعلق والمضاف: أن التعليق يمنع العـقد من أن يصير سببا لحكمه فـى الحال، ثم لاينعقـد سـببا إلا عند وجـود الأمر الذى علق عليـه وقرن وجوده بوجـوده، فإذا قـال شخص لآخر: إن لـم يدفع إليك فلان دينه غـدا فأنا كفـيل به، لم ينعـقد ذلك القـول سببـا للكفالة وتوجـه المطالبـة فى الحال؛ لأن الكفيل ماكفل حالا ولكنه رتب وجود الكفالة على عدم الوفاء فى الغد، فإذا تحقق عدم الوفـاء فى الغد انعقـد العقد حـينئذ وكان سـببا للكفـالة وتمت به. بخلاف الإضافة فإنهـا لاتمنع العقد من أن يصير سببـا في الحال أى وقت صدوره، ولكنها

(١) وفى حكم هذا النوع التعليق على مشيئة العاقد الآخـر كما في قولك لآخر: وهبتك هذا الكتاب إن شئت وبعتك هذه الدار إن رغـبت، فإن هذا العقد فى حكم المنجـز؛ لأن مثل هذه العقود لاتتم ولاتوجـد إلا بالقبول وليس هو إلا الإفصاح عن رغبة العاقد الآخر ومشيئته، وكأن العقود لهذا معلقة دائما على هذه المشيئة فلا يضير التصريح بها.

تؤخر أثره إلى الوقت المضاف إليه، فإذا قال شخص لآخر: أنا كفيل بما لك على فلان ابتداء من الشهر الآتى انعقد هذا العقد فى الحال سببا موجبا للكفالة فى المستقبل فلا يوجد الضمان إلا من ابتداء الشهر الآتى [1].

العقود مع التعليق: تنقسم العقود عند الحنفية بالنسبة إلى قبولها التعليق وعدم قبولها ثلاثة أقسام:

---

(١) وقد فرعوا على ذلك أنه لو قال شخص: لله على أن أتصدق بمائة قرش بعد ثلاثة أيام جاز له أن يتصدق بها من الآن وإذا فعل فمضت الأيام الثلاثة لم يلزمه أن يتصدق بمائة أخرى، وإذا قال إن مضت على ثلاثة أيام تصدقت بمائة قرش لم يجزه أن يتصدق بها الآن. فإذا فعل ثم مضت الأيام الثلاثة وجب عليه أن يتصدق بمائة قرش أخرى. والفرق أنه عند وجود سبب الوجوب يجوز تعجيل الواجب، وعند عدمه لايجوز، والسبب موجود فى حال الإضافة وغير موجود فى حال التعليق، وفى الواقع أن ذلك فرق اعتبارى غير بين فى الحقيقة، وخاصة إذا كان التعليق على حلول وقت معين كما فى هذا المثال، إذ لا فرق بين أن تقول مثلا وقفت أرضى غدا، وبين أن تقول إن جاء الغد فقد وقفت أرضى حتى تنعقد الصيغة الأولى سببا فى الحال ويصح بها الوقف لأنها معلقة، وهو لايقبل التعليق، ولهذا ذهب ابن تيمية إلى أن التعليق بحلول وقت معين إضافة في المعنى، ولا فارق بينه وبين الإضافة إلا من حيث اللفظ. راجع فتاوى ابن تيمية «ج٣ ص٣٥٣» وإلى هذا يميل رأى بعض الحنفية. راجع حاشية الشلبى على الزيلعى «ج٤ ص١٣١» وذهب الشافعى إلى أنه لافارق بين التعليق والإضافة، وأن كلا من العقد المضاف والعقد المعلق سبب فى الحال. وإنما يتأخر حكمه بسبب الإضافة في المضاف، وبسبب التعليق فى المعلق. ورأيه وجيه، فإن ترتب الآثار على العقود كما بينا ترتب شرعى، والشارع قد أخرها فى الحالين فالتفريق بينهما ليس له دليل سليم. والتعليق ينافى التنجيز ولاينافى الإضافة ، فالعقد لايمكن أن يكون فى وقت واحد منجزا ومعلقا، ولكن يمكن أن يكون مضافا ومعلقا؛ ذلك لأن تنجيز العقود، هو إنشاؤها على وجه تترتب عليه آثارها في الحال، أما تعليقها فهو ترتيب وجودها على وجود أمر آخر غير موجود، فعبارة العاقدين عند التنجيز تصير عقدا بمجرد الانتهاء منها، وتترتب عليه آثاره الشرعية، أما عند التعليق فلا تصير عقدا تترتب عليه آثاره بمجرد الانتهاء منها، بل يتأجل ذلك، ثم لايكون إلا إذا وجد الشرط المعلق عليه فعلا، فبوجوده تصبح عقدا تترتب عليه آثاره فى ذلك الوقت، وأما الإضافة فمناطها إرجاء آثار العقد إلى وقت مستقبل، وذلك بإضافة الإيجاب إليه، وهذا المعنى لايتعارض مع تعليق وجوده وتحققه على وجود أمر آخر. بمعنى أنه إذا وجد ذلك الأمر المعلق عليه وجد العقد مضافا إلى زمن مستقبل، وإن لم يوجد ذلك الأمر لم يوجد العقد أصلا، مثال ذلك أن يقول شخص لآخر: إن بلغ ما أملكه فى هذا الشهر عشرة آلاف جنيه فأنت وكيلى فى إدارته ابتداء من الشهر التالي، ومعنى هذا أنه إذا تحقق أن وصلت ثروة الموكل عشرة آلاف جنيه فقد وجد عقد الوكالة، ولكن آثاره مرجأة إلى أول الشهر التالى فالعقد معلق ومضاف فى آن واحد، وأما الاقتران بالشرط فلا يتنافى مع التنجيز ولا مع التعليق ولا مع الإضافة، إذ لامعنى له إلا زيادة التزام فى العقد باشتراط زائد عليه، ولذا قد يكون المقترن بالشرط منجزًا، وقد يكون معلقا، وقد يكون مضافا كما قدمنا فى الأمثلة، وإذن فالمقترن بالشرط إذا كان منجزا أفاد أثره فى الحال وهو التزام العقد والتزام الشرط فى ضمنه، فإذا قلت لآخر: اشتريت هذه الساعة منك بشرط أن أدفع ثمنها بعد شهر وقبل مالكها تم العقد والتزم دفع الثمن فى الوقت المحدد، أما المعلق فلا يفيد أثره فى الحال سواء أكان مطلقا أم مقترنا بشرط وإنما يفيد أثره عند تحقق ماعلق عليه فإذا قلت لإنسان: أنا كفيل لك بما تعطيه قرضا لفلان إن أعطيته غدا بشرط ألا يزيد على مائة جنيه لم يظهر لذلك أثر فى الحال، فإذا أقرضه فى الغد وكان القرض مائة جنيه فأقل تمت الكفالة.

الأول ـ مالايصح تعليقه بأى شرط، فإذا علق بشرط كان غير صحيح، ويشمل مايأتى:

(أ) **عقود التمليك عدا الوصية كالبيع والشراء والإجارة والمزارعة والمساقاة، والصلح على مال وفى حكمها القسمة، والإبراء**، وكذلك إجازة هذه العقود. ويستثنى من ذلك تعليقها على الخيار، مثل أن يقول شخص: «بعتك دارى إن رضى فلان، متى وقت لذلك مدة ثلاثة أيام، وهى مدة الخيار؛ لأن هذا فى معنى اشتراط الخيار، وهو شرط ورد به الشرع، وبناء على ذلك إذا قال شخص لآخر: بعتك كتابى هذا إن باع فلان كتابه لك، أو أجرتك سيارتى إن أجر فلان لك سيارته، أو زارعتك أو ساقيتك إن سافر فلان أول العام، ونحو ذلك لم يكن عقد البيع ولا عقد الإجارة، ولا عقد المزارعة، ولا عقد المساقاة صحيحا». كذلك إذا باع سيارتك شخص بغير إذن منك (وهو الفضولى) فقلت: إن لم يحضر إلى مشتر فى ظرف أسبوع، فقد أجزت البيع، لم تصح هذه الإجازة، والسبب فى ذلك مايرى فى صحة عقد التمليك مع التعليق من المنافاة للملك أو للعقد، ومايكون فى ذلك أيضا من غرر؛ ذلك لأننا إذا صححنا البيع مثلا مع تعليقه، فماذا يكون الحال قبل تحقق الشرط المعلق عليه؟ أيمنع البائع من أن يتصرف فى المبيع وهو ملكه؟ ذلك مايتنافى مع الملك، وإذا منع فإلى أى أمد، وقد لايتحقق الشرط، وذلك هو عين الغرر؟ وإذا لم يمنع من التصرف فيه فجاز أن يبيعه لآخر أو يستهلكه، فكيف يتفق ذلك مع القول بصحة البيع المعلق، ومن آثاره أنه عقد لازم؟ ذلك لايتنافى مع حكم العقد، وهو إلى ذلك تغرير بالمشترى وإلى هذا ذهب الشافعى [1].

ويدخل فى هذا القسم التبرع كالهبة والقرض والوقف على الأرجح، فلا تصح الهبة إذا قلت: وهبتك كتابى هذا إن نجحت فى الامتحان، ولا القرض إذا قلت: إن جاءنى ربح من تجارتى هذه أقرضتك مائة جنيه، وإلى هذا ذهب الشافعى، وكذا لايصح الوقف إذا قال: إن ملكت هذه الدار فهى وقف على كذا، وأجاز مالك تعليق التبرعات لعدم الضرر من ذلك، إذ ليس على المتبرع من سبيل إذا عدل، فلا ضرر إذا لم يتحقق الشرط المعلق عليه، ولكن الحنفية قاسوها على

---

(١) راجع الأشباه للسيوطى.

التمليك حتى لايلحق المتبرع له ضرر أو غرر باعتماده على المتبرع، وخاصة إذا كان يعرفه بعدم العدول عن تبرعه.

(ب) عقود المبادلات غير المالية كالزواج والخلع، فلا يصح الزواج إذا قالت لك امرأة: تزوجتك إن رضى أبى، ولا الخلع إذا قلت لزوجتك: خالعتك على كذا إن تزوجت عليك، لما بيناه من السبب فى عقود التمليك المالية، وخالف الشافعى فى الخلع.

(جـ) التقييدات كالرجعة [1] وعزل الوكيل والحجر على الصبى المأذون له بالتجارة، فلا ينعزل الوكيل بقولك له: إن قدم فلان فقد عزلتك، ولا ينحجر الصبى بقولك له: إن ذهبت اليوم إلى السوق فقد منعتك من التجارة، ولاتصح الرجعة بقولك لمطلقتك: إذا جاء فلان فقد راجعتك.

(د) الرهن والإقالة، فلا يصح الرهن بقولك لدائنك: رهنتك كتابى إن نجحت فى الامتحان، ولا يرتفع البيع بقول المشترى لبائعه: إن وجدت مشتريا بثمن أعلى فقد أقلتك من البيع.

وإنما لم يصح تعليق هذه العقود - على العموم - عند الحنفية لما فيه من معنى المقامرة،فقد يوجد الشرط وقد لايوجد، فلا يكون العاقدان على بينة من أمرهما، وإذا وجد فإنما يوجد فى زمن مستقبل ليس يدرى فيه المعلق من أمره شيئا، فقد تتغير نفسه وإرادته فيه لسبب من الأسباب فيصبح نفاذ هذا أبغض شىء إليه فى الوقت الذى أراد فيه نفاذه، وليس مع هذا يتحقق الرضا، ولا عليه تبنى العقود.

أقول: هذا تعليل يعم كل عقد ولايختص بما ذكرنا. وقد لا يتحقق بالتعليق ضرب من ضروب المقامرة، كما إذا علقت المراجعة على مجىء زمن مستقبل، وقد لاتكون المقامرة ضارة، كما إذا علقت عزل الوكيل علي حضور وكيل آخر، ومن هذا نرى أن التعليل غير سليم، ولم نعثر لهم على تعليل مقنع يعم هذه العقود ولايتحقق فى غيرها مما أجيز تعليقه.

---

(1) اى لأنها استدامة الملك فتكون معتبرة بابتدائه،فكما لايجوز تعليق أبتدائه لايجوز تعليقها. الزيلعى والشلبى ج٤ ص١٣٢.

الثانى - مايصح تعليقه [1] بأى شرط، ويشمل مايأتى:

(أ) الإسقاطات المحضة كالطلاق والعتاق وتسليم الشفعة بعد ثبوتها، مثال ذلك أن يقول الزوج لزوجته: إن ذهبت إلى جهة كذا فأنت طالق، أو السيد لعبده: إن أحسنت عمل كذا فأنت حر، أو الجار لجاره: إن كان المشترى فلانا فقد أسقطت حقى فى الشفعة، فإذا تحقق الشرط الذى علق به الجزاء وقع الطلاق والعتاق وسقط حق الشفعة، وإلى هذا ذهب الشافعى.

(ب) الوكالة والوصية والإيصاء. مثل أن يقول : إن رأيت كذا فى السوق فأنت وكيلى فى شرائه، وإن وصلت ثروتى ألفى جنيه فقد أوصيت لك بعشرها، وإن مت عن أولاد فأنت وصى عليهم، فإذا تحقق الشرط تحققت الوكالة والوصية والإيصاء، وخالف الشافعى فى الوكالة فلم يصححها مع التعليق.

(جـ) اليمين، فيصح تعليقه مثل إن شفى الله مريضى لأتصدقن بكذا، فإذا شفى مريضه لزمته الصدقة، وإنما صحت هذه العقود مع تعليقها لعدم ترتب غرر عليها فيها، أما الوصية فهى بطبيعتها يتوقف نفاذها على الموت، فليس يضير أن تتوقف كذلك على أمر آخر يوجد قبل الموت، وأما الإسقاط واليمين فكل منهما التزام شخصى لايرتبط بغير إرادة الملتزم، فيصحان على الوجه الذى أراده؛ لأنه إرادته وهى له وحده، وكذلك الوكالة والإيصاء؛ لأنهما فى معنى الإذن للغير بالتصرف بالنيابة عنه، وليس الإذن أيضا إلا إرادة شخصية تتعلق به وحده، فيصح على الوجه الذى أراده.

الثالث - مايصح تعليقه بالشرط الملائم له دون غيره، ويشمل الكفالة والحوالة والإذن للصبى بالتجارة.

والشرط الملائم هو ماكان مقتضيا للعقد المعلق عليه عرفا أو شرعا، كأن يكون تحققه أساسا لوجود العقد، كما فى ثبوت الدين بالنسبة للكفالة والحوالة أو مفضيا إليه عادة كما إذا كان سببا فى إمكان استيفاء الحق أو تعذر استيفائه، مثل أن يقول شخص: إن استحق المبيع فأنا ضامن لثمنه، أو إن أقرضت فلانا كذا فأنا

---

(1) فى رد المحتار: إن كل ما جاز تعليقه لايبطله اقترانه بالشرط الفاسد، وكل مايبطله اقترانه بالشرط الفاسد يبطله التعليق «ج٤ ص٢٤٨».

ضامن، وإن لم يؤد فلان الدين غدا فأنا ضامن، أو إن ملكت كذا غدا فأنا ضامن، أو أن يقول مدين لدائنه: إن لم أؤد إليك الدين غدا فقد أحلتك به على فلان، وأن يقول ولى الصغير له: إن بلغت عشر سنوات فقد أذنت لك بالتجارة. أما إذا علقت بشرط غير ملائم فلا تصح كأن يقول شخص لآخر: إن نجح ابنك فى الامتحان فأنا ضامن لدينك قبل فلان، أو إن نجح ابنى فى الامتحان فقد أحلتك على فلان، أو إن أمطرت السماء اليوم فقد أذنت لك بالتجارة، سواء أتحققت هذه الشروط فيما بعد أم لم تتحقق، لأن تعليقها بشرط غير ملائم ما لا يظهر فيه غرض صحيح، فيكون ضربا من اللهو والهزل، ولا تصح العقود مع الهزل [1]، وينسب الشافعى أن عقد الكفالة لايقبل التعليق مطلقا ولايصح معه، كما فى الأشباه للسيوطى.

العقود مع الإضافة: تنقسم العقود عند الحنفية بالنسبة لقبولها الإضافة وعدم قبولها ثلاثة أقسام:

الأول - عقود لاتنعقد إلا مضافة، سواء اشتملت صيغتها على إضافتها أم خلت من ذلك، وهى الوصية والإيصاء؛ لأنها لاتفيد أثرها إلا بعد الموت، فلا يمكن بحال أن تتصل أحكامها بصيغتها، مثل أن يقول إنسان لآخر: أوصيت لك بمائة جنيه، أو جعلتك وصيا على أولادى، فلا تستحق المائة إلا بقبولها بعد الموت ولا يصير الموصى إليه وصيا على الأولاد إلا بعد موت الموصى. وإن لم يجئ ذكر ذلك فى الإيجاب.

الثانى - عقود لاتصح مع الإضافة، وهى العقود التى تفيد تمليك الأعيان فى الحال، كالبيع وإجازته وفسخه والصلح عن مال والإبراء من الدين والهبة ويلحق بها القسمة [2]، والشركة والنكاح والرجعة والخلع من جانب الزوجة؛ وذلك لأن هذه العقود تفيد أثرها فى الحال، وإضافتها تستلزم إرجاء ذلك الأثر،

(١) راجع الهداية والعناية وفتح القدير «ج٥ ص٤٠٥» ومابعدها. وراجع المبسوط «ج١٩ ص١٧٤» ومابعدها و«ج٢٠ ص٢» ومابعدها. ومن هذا تعلم أن ماذكره صاحب أنفع الوسائل فى ص٢٧٩ وما بعدها مخالف لما فى الكتب المعتمدة وأنه تمحل فى تأويلها.

(٢) وذلك لما فى القسمة من معنى المبادلة ولما فى الشركة من تملك جزء من الربح، ولما فى النكاح من تملك المتعة فى الحال، ولأن الرجعه فى معنى النكاح لأنها استدامة ملك النكاح فكانت فى حكمه، ولما فى الخلع من المعاوضة الظاهرة كما فى النكاح. راجع الزيلعى «ج٤ ص١٣٢».

وفى ذلك إبقاء لها مدة من الزمن من غير أثر، وليس لهذا وضعت شرعا؛ ولأنها إذا صحت مع الإضافة فلابد أن يبقى المملك على ملكه إلى الوقت الذى أضيفت إليه، لإرجاء أثرها إلى ذلك الوقت، وعندئذ إما أن يصح تصرفه فيما يملكه من الأعيان التى جعلها محلا لهذه العقود. وذلك يقتضى استبداده بفسخ العقد المضاف، وهذا مناف للزومه، وإما ألا يصح تصرفه فيه، وذلك مايتنافى مع ثبوت ملكه، فلكل هذا لاتصح مع الإضافة. ولاشك أن التوجيه الأخير لايتحقق فى الهبة؛ لأنها عقد غير لازم بالنسبة للواهب،فليس ما يمنع من أن يتصرف فى محلها فينفسخ العقد بذلك، وكذا لايتحقق فى الشركة لنفس السبب.

الثالث- عقود تصح إضافتها فتكون تارة منجزة وتارة مضافة إلى زمن مستقبل، وتشمل مايأتى:

(أ) مالايمكن أن يفيد أثره فى الحال كالإجارة وإقالتها والعارية، والمزارعة والمساقاة والمضاربة؛ لأنها عقود على المنافع، وأنت تعلم أن المنفعة لاتوجد دفعة واحدة، ولكنها توجد وتتجدد مع الزمن، فكان معنى الإضافة ملاحظا فى تشريعها ووضعها، ومن ثم صحت إضافتها.

(ب) الالتزامات كالكفالة والحوالة، لأنها لاتفيد أثرها كاملا فى الحال فقد تتم الكفالة ولا يقوم الكفيل بدفع الدين إلا بعد مدة من الزمن، وقد لايدفع، وكذلك الحال فى الحوالة، فكان معنى الإضافة متحققا فيها فلا تتنافى الإضافة معها.

(جـ) الإسقاطات كالطلاق والخلع من الزوج لا من الزوجة [1] والعتاق والوقف؛ لأن كلا منها يعتبر إنهاء للملك، والملك لايدوم، بل ينتهى بالموت وهو مستقبل، فلا مانع من أن ينتهى قبله فى الوقت الذى أضيفت إليه هذه العقود.

(د) الإطلاقات كالوكالة والقضاء؛ لأنها لاتفيد أثرها كاملا فى الحال كما تقدم.

---

(١) راجع رد المحتار ج٣ ص٦٠٦ من باب الخلع.

وإضافة العقود وتعليقها نوع من الاشتراط فيها [1] وماذكرناه هنا من الأحكام هو ماذهب إليــه الحنفيــة بمقتضى الروايات المشــهورة، وثم روايات أخـرى تخالف ماذكــرناه. والواقع أن الأنظار فى هذا الموضوع مخـتلفة، وأن خيـر الآراء ماذهب إليه ابن القيم وابن تيمية من الجواز إلا ماورد بالنهى عنه نص من الشارع لما بينا.

---

(١) ومن هذا يتبين أن مايصح مع التعليق ولو فى بعض الحالات كـالكفالة يصح مع الإضافة؛ لأن التعليق فى الواقع ضرب من الإضـافة من ناحيـة أنه يترتب عليه إرجـاء الأثر، ومالا يصح مع التعـليق إن أفاد ملك العين لايصح مع الإضافة، وإن أفاد ملك المنفـعة. أو بعبارة أعم إن كان لايترتب عليـه جميع آثاره فى الحال صح مع الإضافة، وإن كان لايصح مع التعليق، وعلى هذا فليس كل ما لايقبل التعليق لايقبل الإضافة، بل قد يقبلها.

خلاصة الباب

يتم العقد تارة بالإيجاب والقبول دون أن يتوقف تمامه على شيء آخر غيرهما وذلك هو الأصل فى العقود، وتارة يتوقف تمامه على شيء آخر يضم إلى الإيجاب والقبول وهو القبض، وذلك فى عقود الرهن والهبة والصدقة والعارية والوديعة والقرض، أما الرهن فلقوله تعالى فى آخر سورة البقرة **﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة﴾** وأما الهبة فلحديث «لاتجوز الهبة إلا مقبوضة»؛ ولأنها هى والصدقة والعارية والوديعة والقرض عقود غير لازمة، فلو أنها تمت قبل القبض لما كان لتمامها أثر لعدم لزومها، فجعل تمامها بالقبض لتظهر آثارها، وإذا تم العقد فقد تترتب على تمامه آثاره مباشرة وقد ترجأ، ففى الحالة الأولى يسمى العقد منجزا. وفى الحالة الثانية: إن كان سبب إرجائها يرجع إلى إضافة الإيجاب فيها إلى زمن مستقبل سمى العقد مضافا، وإن كان يرجع إلى تعليق الإيجاب على أمر غير موجود ولكنه على خطر الوجود مستقبلا سمى العقد معلقا.

المنجز: ما كانت صيغته غير مضافة إلى زمن ولا معلقة على شرط بأداة تعليق وحكمه ترتب آثاره عليه فى الحال سواء أكان معلقا أم مقترنا بشرط، والأصل فى العقود كلها أن تكون منجزة، ولكن خرج من هذا الأصل الوصية والإيصاء فلا يكونان إلا مضافين، إذ لايفيد كل منهما أثره إلا بعد وفاة الموصى.

المضاف: ما أضيف الإيجاب فيه إلى زمن مستقبل. وحكمه أنه ينعقد فى الحال سببا لحكمه، ولكن لايوجد حكمه إلا عند حلول الوقت الذى أضيف إليه، سواء أكان مطلقا أم مقترنا بشرط.

المعلق: ماعلق الإيجاب فيه على وجود أمر آخر غير موجود فى الحال ولكنه محتمل الوجود فى الاستقبال، وحكمه أنه لاينعقد فى الحال سببا لترتب أثره عليه، ولكنه يصير سببا عند تحقق الأمر المعلق عليه، ويستثنى من ذلك المعلق على مشيئة العاقد الآخر، فإن التعليق فيه كعدمه، إذ كل العقود عند صدور الإيجاب فيها يصدر معلقا على قبوله من العاقد الآخر.

والعقود كلها تكون منجزة وذلك هو الأصل، ماعدا الوصية والإيصاء، وتكون غير منجزة وحينئذ يكون حكمها كما يأتى:

حكم العقود مع التعليق: العقود مع التعليق ثلاثة أقسام:

١ ـ عقود لاتقبل التعليق، وإذا علقت فسدت، وهى:

(أ) عقود التمليك المالية كالبيع والهبة والقرض والإبراء عن الدين والإجارة والمزارعة والمساقاة والصلح، ويلحق بها القسمة والصلح على مال والزواج والخلع والطلاق على مال بالنسبة للزوجة.

(ب) عقود التقييد كالرجعة وعزل الوكيل والحجر على الصبى المأذون له بالتجارة.

(جـ) الرهن والإقالة. وذلك لما فى التعليق من غرر يتنافى مع مقتضى هذه العقود كلها.

٢ ـ مايصح مع التعليق على أى شرط، وهى الإسقاطات، كالطلاق والعتق والتنازل عن الشفعة والوكالة والوصية والإيصاء واليمين، وذلك لعدم المنافاة بين مايفيده التعليق من إرجاء قد يتحقق مع الأثر وقد لايتحقق، وبين ماتفيده هذه العقود من الأحكام.

٣ ـ عقود تصح مع تعليقها على شرط يلائمها وتفسد مع تعليقها على شرط لا يلائمها، وهى الكفالة والحوالة والإذن للصبى بالتجارة. والشرط الملائم هو ماكان متفقا مع أثر العقد بأن يكون مفضيا إليه عادة.

حكم العقود مع الإضافة: العقود مع إضافتها على ثلاثة أنواع:

(أ) عقود لاتصدر إلا مضافة وهى الوصية والإيصاء.

(ب) عقود تفسد مع الإضافة وهى عقود تمليك الأعيان، كالبيع والهبة والصدقة والصلح والإبراء عن الدين ويلحق بها النكاح والرجعة.

(جـ) عقود تصح مع إضافتها، وهى الإجارة والإعارة والمزارعة والمساقاة والمضاربة والكفالة والحوالة والوكالة والطلاق والعتق والوقف.

باب محل العقد

ويسمى المعقود عليه. وهو مايظهر فيه أثر العقد وحكمه، وهو المال المبيع فى عقد البيع، والمنافع فى عقد الإجارة، وعمل المزارع فى الأرض والمساقى فى الشجر فى عقدى المزارعة والمساقاة، والعين المرهونة فى عقد الرهن، والدين فى الكفالة والحوالة، والمرأة فى الزواج، وهكذا. وقد يكون أحد العاقدين للعقد محلا له، كالزوجة فى عقد الزواج، فإنها بالنظر إليها منشئة للعقد عاقدة، وبالنظر إلى أن حكم العقد يظهر فيها معقود عليها أو محل العقد. ويشترط فيه الشروط الثلاثة الآتية:

١ - **وجود المحل:** نرى فى كلام الحنفية مايفيد أنهم يشترطون فى محل العقد أن يكون موجودا وأن المعدوم لايصح أن يكون محلا للعقد إلا على طريق الاستثناء، ويعللون ذلك بأن آثار العقود وجودية، فلا تظهر فى معدوم، وبأن المعدوم غير قابل لأن يملك، ويجعلون لذلك عقد الإجارة والسلم والاستصناع وما أشبهها عقودا استثنائية أجازها الشارع استحسانا. ولكنا نرى أن كثرة العقود المستثناة من هذا الأصل تقوم مانعا فى اعتباره أصلا أو شرطا، ولذا قال [1] ابن القيم ماخلاصته «ليس فى كتاب الله ولا فى سنة رسوله مايفيد أن العقد على المعدوم غير جائز، وما ورد فى السنة من النهى عن بيع بعض الأشياء المعدومة، كقوله عليه السلام «لاتبع ماليس عندك» فليست العلة فيه العدم، وإنما هو الغرر بسبب عدم القدرة على التسليم، كبيع البعير الشارد. فإذا انتفت العلة لم يوجد الحكم، ألا ترى أن الشارع قد أجاز الإجارة والمساقاة وبيع الثمر قبل بدو صلاحه لعدم الغرر فى ذلك، ولم يجز بيع البعير الشارد، وإن كان موجودا لوجود الغرر فى بيعه، كما لم يجز إجارة دابة لايقدر المؤجر على تسليمها، وهذا حكم سائر عقود المعاوضات، بخلاف الوصية، فإنها تبرع محض، فلا غرر إذا ماتعلقت بموصى به معدوم».

والنتيجة أن العقد إذا كان يقتضى بطبيعته وبحسب شرعه أن يكون محله موجودا عند التعاقد كان وجوده شرطا فى وجود العقد؛ لأن عدم وجوده حينئذ

---

(١) راجع أعلام الموقعين ج٢.

مخالف لطبيعة العقد وشرعه، وماشرع كذلك إلا لدفع نزاع أو تجنب غرر، وعلى ذلك فلا ينعقد عقد أريد به بيع نتاج هذه الماشية قبل ولادته وظهوره، أو لبن هذه البقرة قبل أن تحلب، أو نصيبه فى تركة أبيه قبل وفاته؛ لأن هذا النوع من البيع إنما شرع لنقل ملكية قائمة من البائع إلى المشترى، وهذه الملكية غير قائمة الآن، وقد لاتلد الماشية ولاتنبت الأرض، وإذا أنبتت فقد لايثمر الزرع لآفة تصيبه، وقد يتوفى البائع قبل وفاة أبيه، وقد لا يترك شيئا عند وفاته، وليست هذه الأشياء مع هذا مما يثبت فى ذمة البائع فيملكها المشترى باعتبارها دينا يشغل الذمة، لأنها ليست من الأمثال التي يتخير البائع فى الوفاء بها، وهذا النوع لو قيل بصحته لترتب عليه كثير الغرر وكبير الضرر فلا يصح لذلك.

إما إذا كانت طبيعة العقد وشرعه لايقتضى وجود محله وقت التعاقد، كما فى العقد على المنافع من إجارة ومزارعة ومساقاة، وكما فى عقد السلم وعقد الاستصناع، وما إلى ذلك فلا يشترط وجود المحل حينئذ، وإنما يشترط إمكان وجوده فى المستقبل، فإذا استحال وجوده قبل التعاقد لسبب من الأسباب [1] فلا ينعقد العقد، مثال ذلك أن يسلم إنسان فى نوع من القطن يصفه أوصافا لاتجعله من الأصناف المعروفة الموجودة. أو يستأجر إنسان آخر على أن ينقل له متاعا معينا من جهة كذا إلى جهة كذا، فيظهر أنه قد قام ابنه أو خادمه بنقله إلى المكان المطلوب من قبل، أو على أن يهدم له جدارا معينا فيظهر أنه قد سقط من قبل ولا يعلم المؤجر، أو ليدلى بحجته أمام المحكمة فى قضية معينة، فيظهر أن قد حكم له بمايطلب من قبل، فإن الشىء الحاصل لايمكن أن يحصل مرة أخرى، ولذا لاينعقد العقد فى هذه الصور. ومن ذلك مافى فتاوى قاضيخان: إذا استأجر رجل آخر ليغزل له رطلا من القطن وليس عند المؤجر قطن لم يجز؛ لأن العمل في محل معدوم غير متصور، ولكن إذا حدثت الاستحالة بعد تمام العقد كان حدوثها فاسخا

---

(١) ومن ذلك ماذهب إليه الحنفية من اشتراطهم إمكان البر لانعقاد اليمين وبقائها. سواءأكانت بالله أو بالطلاق ونحوه، وفرعوا على ذلك أن الشخص إذا حلف ليشربن ماء هذا الكوز- ولا ماء فيه - لم ينعقد اليمين؛ لأنه إذا كان وقت اليمين خاليا من الماء كان من المستحيل حينئذ شرب مافيه من ماء، ومن ذلك ما إذا قال رجل لزوجته إن لم تردى الدينار الذى أخذته من كيسى فأنت طالق وكان الدينار عند اليمين موجودا فى الكيس فإنها لاتطلق لعدم انعقاد اليمين، ومن العجيب أنهم لم يعتبروا الاستحالة العادية فقالوا: إن من حلف بالطلاق أن يقلب هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه لجواز ذلك عقلا. ولاشك أن هذا محل نظر. أما الشافعية فإنهم اختلفوا فى اشتراط إمكان البر، فمنهم من شرطه ومنهم من لم يشرطه. راجع الأشباه للسيوطى.

للعقد كما فى الأجير يمرض مرضا يعجزه عن القيام بما التزم به، أو يتوفى أو يؤجر لتعليم دابة فتنفق، أو لغزل صوف فيحرق، وسيأتى فى الإجارة، وستعرف تفصيل ذلك عند تفصيل أحكام العقود بما يناسب كل عقد.

٢ ـ تعيين المحل: وكذلك اتفق الفقهاء على أن يكون المحل معلوما للعاقدين علما يمنع الخداع والغرر، ولايفضى إلى منازعة إذا كان العقد الوارد عليه من عقود المعاوضات فإن كان المعقود عليه فى هذه الحال مجهولا جهالة يتعذر معها تعيينه أو تقديره أو كان مترددا بين حالين محتملين يوجد فى إحداهما، ولا يوجد فى الأخرى لم يصح العقد، وعلى هذا لايصح بيع شاة من هذا القطيع، ولا استئجار قلم ليكتب به دون أن يبين لذلك وقتا؛ لأن ذلك يؤدى إلى النزاع فى تعيين المبيع، أو النزاع فى مدة الانتفاع بالقلم، وكذلك لايصح بيع بعير ضال فى الصحراء إذا كان غير معلوم المكان، أو غير مقدور التسليم، لأن ذلك يؤدى إلى الغرر عند عدم العثور عليه.

والجهالة المانعة من صحة العقود هي الجهالة الفاحشة، وهى الناشئة عن تجهيل جنس المحل، كأن يبيعه دابة من الدواب دون أن يبين جنسها، وأن يبيعه جميع ماله فى هذه الدار من الدواب والثياب والأثاث، والمشترى لايعلم مافيها، أو عن التفاوت الفاحش بين قيم مايتناوله المبيع المجهول من الأفراد كأن يبيع دارا من دوره التى له فى مدينة كذا بألف جنيه؛ لأن هذا النوع من الجهالة هو الذى يؤدى إلى الغرر والنزاع.

أما الجهالة اليسيرة وهى التي لايكون معها تفاوت فاحش فى القيم، ويكون الجنس معها معلوما، فلا تمنع صلاحية المحل للعقد، لتساهل الناس فى أمرها، فاصبحت لا تؤدى إلى نزاع، كأن يبيعه مافى هذا الصندوق من الثياب، أو ما فى هذا المخزن من القمح، أو أن يبيعه مائة برتقالة من هذا النوع.

ونتيجة بحثهم هذا الموضوع أن المدار على العرف، وعلى أن الجهالة لاتؤدى إلى نزاع، فإذا كان الأمر كذلك لم تمنع صحة العقد، وإلا منعت. راجع رد المحتار فى البيع.

وأما عقود التبرعات، فقد اغتفر فيها من أنواع الجهالة ما لم يغتفر فى عقود

المعاوضات، ولذا صحت وصية الشخص بسهم من ماله، وبجزء من ماله، وكان البيان إلى الورثة إذ لانزاع فى التبرع [(١)].

٣ - قبول المحل لحكم العقد: اتفق الفقهاء على أنه يشترط فى محل العقد أن يكون قابلا لحكمه شرعا، فإذا لم يقبل حكمه لم يصلح محلا، ولم يصح العقد، وعدم قبول المحل لحكم العقد قد يكون راجعا إلى علاقة المتعاقدين به وأن أحدهما لا يملك فيه ما لايملكه الآخر، وليس أولى به منه، وذلك كما فى التعاقد على تمليك الأشياء المباحة، كأن يبيع إنسان لآخر ما لايملك من الطيور فى الهواء، أو من الأسماك فى الماء، أو من المياه فى مجاريها، أو من الفلزات فى معادنها، أو يهبه شيئا من ذلك، فمثل هذا التعاقد لايتم لأنه ورد علي محل غير قابل لحكمه، إذ حكمه نقل الملكية، ولا ملكية لأحد فى هذه الأشياء حتى يلتزم بنقلها إلى غيره.

وقد يكون مرجعه إلى أن حكم العقد يتنافى مع ماخصص له ذلك المحل من أغراض عامة، وذلك كالمساجد والأنهار والقناطر، وما أشبهها مما خصص للمنافع العامة، فعقود التمليك إذا وردت على هذه المحال، وهى مخصصة لهذه الأغراض لاتنعقد لعدم قبولها لحكمها إذ لاتقبل أن تملك لأحد، لمنافاة ذلك لما خصصت له من أغراض عامة.

وقد يكون مرجعه إلى ماورد عن الشارع من نهى فى ذلك لحكمة راعاها، كالمحافظة على الآداب العامة، أو على الأخلاق أو الحرمات، أو على أموال الناس وعدم أكلها بالباطل، أو على الصلات الاجتماعية، كما فى بيع الميتة حتف أنفها، وكما فى بيع الخمر أو الخنزير لمسلم، وكما فى استئجار النائحة للنوح، وكما فى استئجار الذمى مسلما لعمل الخمر له، أو استئجار المسلم آخر لحمل خمر إليه ليشربها، وكما فى تزوج رجل بأصله أو فرعه أو بأخته نسبا أو رضاعا، أو بزوجة غيره. وسيأتى تفصيل ذلك فى كل عقد بما يناسبه.

---

(١) وفى الفروق للقرافى: التصرفات عند مالك ثلاثة أقسام أولها: التصرفات التي يقصد بها تنمية المال أو تحصيله وهذه تضرها الجهالة إلا إذا كانت جهالة دعت إليها الضرورة أو جرى بها العرف. ثانيها: التصرفات التي يقصد بها الإحسان الصرف وهى التبرعات كالصدقة والهبة والإبراء وهذه لاتضرها الجهالة؛ لأنها إن فاتت على من أحسن إليه بسبب الجهالة فلا ضرر لأنه لم يبذل فيها شيئا. ثالثها: تصرفات بين القسمين كالنكاح؛ لأن الشارع لما جعله طريقا إلى المودة والألفة امكن ان تغتفر فيه الجهالة، ولما اشترط فيه المال لم يمكن أن تغتفر فيه الجهالة، فجاز لذلك مع الجهالة اليسيرة دون الفاحشة وذهب الشافعى إلى أن الجهالة غير جائزة فى الأنواع الثلاثة.

خلاصة الباب

محل العقد أو المعقود عليه هو مايظهر فيه أثر العقد، كالمال المبيع بالنسبة لعقد البيع ومنفعة العين المستأجرة بالنسبة لعقد الإجارة، والزوجة بالنسبة لعقد الزواج، وإن عدت كذلك عاقدة، ويجب أن يتوافر فيه ثلاثة أمور:

الأول - وجوده، وذلك إذا اقتضى العقد بحسب طبيعته وشرعة وجوده، وعلى ذلك لاينعقد بيع نتاج دابة قبل الولادة، ولاثمرة قبل ظهورها، أما إذا كانت طبيعة العقد لاتقضى بذلك، فلا يشترط وجوده حال العقد، ولكن يشترط إمكان وجوده، كما فى السلم والإجارة، وعلى ذلك لو أسلم فى شىء لايوجد عادة لاينعقد العقد، أو استأجر إنسانا لنقل شىء إلى مكان معين، فظهر أنه قد نقل إلى ذلك المكان قبل العقد لم ينعقد العقد.

الثانى - العلم به، والمراد بذلك أن يكون معلوما للعاقدين فى عقود المعاوضة علما يمنع المنازعة والغرر عادة، فإذا جهل جهالة تؤدى إلى النزاع، كجهالة ناشئة عن الجهل بجنس المحل، أو عن تفاوت كبير فى قيم آحاده أو عن عدم العلم بوجوده فالعقد باطل، وأما ماجرى العرف بالتسامح فيه من الجهالة كجهالة النوع فى بعض الحالات فلا يضر بالعقد.

وإذا كان العقد عقد تبرع كالوصية لم تضره جهالة الجنس، فيصح الإيصاء بسهم من المال.

الثالث - أن يكون المحل قابلا لحكم العقد شرعا، فإذا كان لا يقبله لم يصح العقد، وعدم قبوله لحكم العقد قد يرجع إلى نهى الشارع، كما فى بيع الميتة والخمر والخنزير، وقد يرجع إلى أن حكم العقد يتنافى مع ما خصص له المحل من منفعة عامة، كبيع الأنهار العامة، وقد يرجع إلى أن العاقدين بالنسبة إليه سواء لايملك أحدهما فيه شيئا لايملكه الآخر كما فى بيع المباح.

العاقد

قدمنا أن العقد لاينشأ إلا من إيجاب وقبول دالين على إرادتين متوافقتين على إنشائه، وقد يطلق كذلك على كل التزام نشأ من عبارة تنبئ وتكون صادرة من شخص واحد. وعلى أية حال فأساس العقد عبارة عاقديه أو عبارة منشئه إذا كانت دالة على إرادة إنشائه وقصده إلى ذلك كما قدمنا.

وليس الناس فى إنشاء العقود سواء، بل منهم من تعد عبارته لغوا من القول، فلا ينشأ عنها أى التزام، بل ولا أى أثر. ومنهم من يكون لعبارته أثر محدود، فيترتب عليها بعض الآثار ترتبا مطلقا أو مقيدا بموافقة إرادة أخرى، ولايترتب عليها بعضها الآخر، ومنهم من يستقل بإنشاء جميع العقود بعبارته، فيكون لها الأثر المطلوب والحكم المرغوب. واختلاف الناس فى ذلك يرجع إلى اختلافهم فى أمرين: الأهلية والولاية . فمن فقدهما معا لم يكن لعبارته فى ذلك أثر لانعدام قصده وإرادته، ومن توافرتا فيه على كمال نشأت عن عبارته جميع العقود والالتزامات ونفذت، ومن لم تكملا فيه كان لعبارته بعض الآثار دون بعضها الآخر، وهاك التعريف بهما.

باب الأهلية

الأهلية نوعان: نوع يسمى بأهلية الوجوب، ونوع يسمى بأهلية الأداء أهلية الوجوب: يراد بأهلية الوجوب: صلاحية الإنسان، لأن تكون له حقوق قبل غيره، وعليه حقوق وواجبات لغيره، وإن شئت قلت: صلاحيته لأن يطالب ويطلب منه سواء أكان ذلك بنفسه أم بواسطة من له الولاية عليه. ومناط هذه الأهلية: الحياة فتثبت لكل إنسان حى، سواء أكان صغيرا أم كبيرا، عاقلا أم مجنونا، حرا أم عبدا، وتستمر له مادام حيا، فإذا توفى زايلته، وقد تعتبر باقية بعد وفاته إلى أمد، لضرورات تقتضى ذلك فتنتهى بانتهاء تلك الضرورات؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها. ومن ذلك : أن يتوفى الإنسان مدينا ـ وقد ترك مالا ـ فتعتبر أهليته باقية حتى يوفى دينه، ولولا ذلك لسقط الدين، إذ لايتصور دين ـ كما يقولون ـ بغير مدين.

الذمة: وهذا النوع من الأهلية لايوجد إلا حيث توجد الذمة، فوجوده وثبوته دليل ثبوتها وتحققها، فإن الذمة وصف شرعى اعتبارى يصير به الإنسان أهلا للوجوب له والوجوب عليه. وبناء على ذلك تكون هذه الأهلية أثرا من آثار الذمة.

والذمة فى اللغة العهد. والعهد يكون دائما سببا للمطالبة، وإن شئت قلت: يكون سببا لأن يطالِب به الإنسان ويطالَب به، ومن هذا أتى الاستعمال الشرعى الذى بيناه [1].

---

(١) يفهم مما ذكرنا أن الذمة أو أهلية الوجوب لاتكون إلا لإنسان حى، فلا يثبت ذلك لدابة من الدواب، ولذا لاتكون الدابة ذات أهلية لأن تتملك، فلا تصح الهبة لها ولا الوصية كذلك على وجه التمليك لها، كأن يقول الموصى: أوصى لدابة فلان بكذا، ولكن لو أوصى بتبن لعلفها جاز؛ لأن ذلك وصية لمالكها فى الواقع فإن علفها عليه، فكانت فى معنى الوصية له بهذا النوع من الطعام ليعلف منه الدابة. وكذلك لاتثبت الذمة ولا أهلية الوجوب عند الحنفية لما لاحياة له كالمسجد والمدرسة والمستشفى والوقف وبيت المال، وما إلى ذلك من الجهات والمنشآت، فلا تكون أهلا لأن تملك ولا أن تكون لها حقوق وعليها واجبات، ذلك مايظهر من كلامهم، بل قد صرحوا به أحيانا، فقالوا: إن الوقف لاذمة له، وبنوا على هذه النظرية عدم صحة الهبة لهذه المنشآت كالمسجد والمستشفى بخلاف الوصية لها فقد أجازوها على أنها وصية بالإنفاق عليها، فكانت من قبيل الإيصاء بالصدقة لا من قبيل التمليك لها. ومثال ذلك: أن يوصى إنسان بهذا المال لينفق فى عمارة هذا المسجد أو فى مصالح هذا المستشفى وهكذا. ويعتبر ذلك كقيام شخص بالإنفاق على مسجد أو على مستشفى فى حال حياته، ومرجع كل ذلك إلى: الاحتساب لله تعالى والتصدق لا إلى تمليك المستشفى أو المسجد شيئا. =

أنواع أهلية الوجوب[1]: وهذا النوع من الأهلية قد يكون ناقصا وقد

= ومن هذا قيل: إن الحنفية لايقولون بالشخص المعنوى، أو بالشخصية المعنوية القانونية كشخصية الشركات والمنشآت والحكومات والمصالح وما أشبه ذلك. ولكننا مع ذلك نرى فى كتبهم أنهم كثيرا مايقررون لهذه الجهات أحكاما تقتضى أن لها حقوقا قبل الناس يقوم بطلبها من له الولاية أو النظر عليها، وأن للناس حقوقا قبلها يطالبون بها من له الولاية عليها، شأنها فى ذلك شأن الصبى غير المميز وما فى حكمه. فنرى أن الولى عليها كثيرا ما يبيع لها ، كبيعه لثمرات الأعيان الموقوفة عليها. وكثيرا ما يشترى لها كذلك، كشرائه للبذور اللازمة لزراعة أرضها، وأدوات فلاحتها وجميع حاجتها، وقد يستدين لها، فيكون الدين مطلوبا من نماء الأعيان الموقوفة عليها، وقد ينفق عليها من ماله فيرجع فى مالها وهكذا، فالوقف مثلا يقوم الناظر عليه بتأجير أعيانه المعدة لذلك. فإذا انتفع المستأجر أصبح مدينا بالأجرة لجهة الوقف لا للناظر ولا للمستحقين، أما أنه غير مدين للناظر فلأنه لو عزل لم يكن له حق مطالبة المستأجر بما فى ذمته من الأجرة، وإنما ينتقل حق المطالبة إلى من حل محله. ولو كان الدين له لبقى له حق المطالبة بعد عزله، وأما أنه غير مدين للمستحقين فلأنه لايجوز له مطالبة المستأجر بها، ولو كانت دينا لهم لطالبوا بها. وكذلك قد يحتاج الوقف إلى عمارة فيحجز الناظر من غلاته مايفى بالعمارة، فما يحجزه ليس ملكا له ولا ملكا للمستحقين، وإنما هو من حق جهة الوقف، وليس لذلك معنى إلا أنه مملوك لها، وبهذا يظهر أن الوقف تكون له حقوق يطالب بها الناظر عليه، وكذلك قد يقوم الناظر بالإنفاق من ماله فى عمارة أعيان الوقف فيكون ما ينفقه حقا له قبل الوقف يرجع به فى غلته عند تحصيلها، وقد يشترى له مايحتاج إليه نسيئة بإذن القاضى فيطلب الناظر بدفع الثمن من غلة الوقف، وإذا عزل صح أن يطالب بذلك بعد عزله من حل محله فى النظر. وإذا صح أيضا أن يطالب بذلك بعد عزله فذلك لأنه كالوكيل ترجع حقوق عقده إليه، فيدفع الثمن على أن يرجع به على من حل محله في النظر، ولكن فى مال الوقف، وقد جاء فى تنقيح الحامدية من باب الوقف عند آخره: إذا اشترى القيم على المسجد وأعيانه حصيرا له بالنسيئة ثم عزل وأقيم مقامه آخر فى النظر على ذلك كان لبائع الحصير مطالبة الناظر الجديد بثمنها. وكذلك نجد كثيرا من أحكام بيت المال والمنشآت مايظهر أن المرجع فيه إلى مالها من حقوق يجب أن تصل إليها ومايطلب من حقوق تجب لغيرها قبلها، وإلا فكيف يدار مستشفى مثلا وقفه مالكه ووقف على إدارته أعيانا. أليس يحتاج فى إدارته إلى أطباء وصيادلة وممرضين وأصناف متعددة من المستخدمين، وكل هؤلاء يستحقون الأجر على أعمالهم قبل المستشفى وأعيانه؟ وإن شئت قلت فى غلة تلك الأعيان. ثم أليس يحتاج كذلك إلى أن يشترى له كثير من الأثاث والأدوات والعقاقير الطبية، فيكون لبائعها أن يطالب بثمنها، وعندئذ لا يطالب إلا الناظر باعتباره وليا على هذا المستشفى؟ ومع كل هذا فقد يعالج فى المستشفى كثير من الموسرين بأجر، فتستحق جهة المستشفى عليهم ذلك الأجر ويطالبون بأدائه ويدفعونه لجهة المستشفى، فيكون من أمواله لا من أموال الناظر عليه، ومثل ذلك من شئونه وشئون مثله كثير. وجميعه يقضى بثبوت الذمة لجهات لاحياة فيها، ولعل ذلك مادعا الشافعى والمالكية إلى أن يجعلوا هذه الجهات أهلا للتملك فأثبتوا لها بذلك الذمة، إذ لايملك إلا من كان له ذمة وأهلية، ففى أسنى المطالب على روض الطالب للشيخ زكريا الأنصارى الشافعى ما يأتى نصه : ولو كان للمسجد شقص من أرض مشتركة مملوكة له بشراء أو هبة ليصرف فى عمارته ثم باع شريكه نصيبه فى تلك الأرض فللقيم على المسجد أن يشفع ويأخذ حصة الشريك بالشفعة إن رأى ذلك مصلحة. كما لو كان لبيت المال شريك فى أرض فباع شريكه نصيبه فيها، فللإمام الأخذ بالشفعة إن رآه مصلحة ا. هـ «ج٢ ص٣٦٥». ومثل ذلك فى نهاية المحتاج للرملى الشافعى. وفى منح الجليل للشيخ عليش المالكى مايأتى: سئل ابن زرب عمن تصدق أو وهب لمسجد بعينه، هل يجبر على إخراجه وإنفاذها؟ ـ يريد الهبة أو الصدقة ـ فقال: يجبر كمتصدق على رجل بعينه. وقال أحمد وابن عبدالملك: يؤمر ولايجبر. يريد لأن الانتفاع ليس للمسجد وإنما هو لجماعة الناس. فهى كصدقة على غير معين. ا. هـ «ج٤ ص١١٤». وفيه أيضا: للسلطان باعتباره ناظر بيت المال أن يأخذ له بالشفعة إذا كان له شقص بسبب ميراث مثلا عندما يبيع الشريك. ا. هـ «ج٣ ص٥٨٤». فأنت ترى فى هذا أن المسجد يشترى له فيكون مالكا، =

يكون كاملا: فهو فى الجنين ناقص. ومن ثم لم يكن الجنين أهلا للإلزام، فلا يطالب؛ إذ لافعل له ولا عبارة، حتى يلزمه شيء من هذا الطريق[1]، ولا ولى له[2] أيضا حتى يلزم بالتزام وليه عنه، ولكن تثبت له بعض الحقوق، فيرث ويوصى له ويستحق فى ريع الموقوف عليه.

وهو بعد الولادة كامل، فيصير المولود أهلا لأن يجب له ويجب عليه، وينوب عنه فى ذلك وليه، فيطالب بما يجب له، ويلزم بما يلتزم به وليه عنه، حسب ماسنبين من حدود شرعية.

علاقة أهلية الوجوب بإنشاء العقود: وليس لأهلية الوجوب أثر فى إنشاء العقود فقد تكون كاملة، ولا يكون صاحبها أهلا لإنشاء أى عقد، كما في الصبى الذى لا يميز، إنما الأثر لأهلية الأداء.

أهلية الأداء : ويراد بأهلية الأداء، أهلية المعاملة والتصرف، بمعنى أن

= وكذلك يوهب له فيكون مالكا، ويؤخذ له بالشفعة فيملك بها، وكذلك بيت المال، وليس لهذا مرجع إلا ثبوت الذمة لهما ولأمثالهما، قياسا عليهما، وعسى الحنفية أن يقولوا : إن مرجع هذا كله إلى ما لأرباب الانتفاع بهذه المنشآت من حياة، فما كان لها من حقوق نهى فى الواقع حقوقهم، وما كان عليها من حق لغيرها فهو واجب عليهم، وما اضطرنا إلى إسناد ذلك إليها إلا عدم تعيينهم وحصرهم، وتعذر مطالبتهم إذا ماوجب الحق عليه، أو قيامهم جميعا بمطالبة غيرهم إذا ما كان الحق لهم، ولولا ذلك ماكان لهذه المنشآت حقوق وما طولبت بحق، إذ إنه راجع فى الحقيقة إليهم بحكم أن المنفعة لهم لا لها، إذ لا نفس لها ولا حياة.

وفى رأيى : أنه إن صح لهم أن يقولوا ذلك فإنما يصلح تعليلا لافتراضنا أن لهذه المنشآت ذمة على وجه الاستثناء، لاتعليلا لسلب الذمة عنها، إذ النتيجة أن هناك حقوقا تطلب لها قطعا، وهناك حقوقا تطلب منها قطعا، وليس معنى الذمة إلا هذا. وقد ذكر الحنفية فى كتبهم أن الوقف لاذمة له وفرعوا على ذلك أن المستأجر لأعيان الوقف إذا أمره المولى عليه بأن ينفق عليها مبلغا فى عمارتها الضرورية ويقتطع ذلك من الأجرة التى تجب عليه ثم انتهت مدته قبل استيفائه جميع ماأنفق فأجرت العين لغيره وأمر المتولى المستأجر الجديد بإيفاء المستأجر الأول بقيمة ماله، ثم توفي المتولى وعين ناظر آخر صار للوقف فى يده مال من ريعه، إذا حصل ذلك لم يكن للمستأجر الثانى أن يرجع بدينه على متولى الوقف الجديد، وإنما يرجع به فى تركة المتولى السابق، ثم يرجع ورثته على متولى الوقف الجديد فى مال الوقف ـ ذكروا ذلك ـ وليس لقصر طريق الوفاء على هذا وجه، وليس لهذه الوساطة ضرورة بل ولا موجب، ثم على أى أساس يرجع ورثة المتولى على الناظر الجديد فى مال الوقف؟ أليس ذلك لأنهم أصبحوا دائنين للوقف بقدر ما أخذ من تركة أبيهم؟ وهذا قدر يثبت الذمة للوقف. إنهم لن يستطيعوا أن يتجنبوا ذلك مع فروعهم الكثيرة الدالة على المطالبة من الوقف والمطالبة للوقف.

(١) ويرى الحنابلة أنه يطالب فى ماله بنفقة أمه، بل لقد ذهب بعضهم إلى مطالبته بنفقة أقاربه الذين تجب لهم النفقة على مثله كما تجب زكاة الفطر فى ماله، راجع القواعد لابن رجب ص ١٧٨.

(٢) لايقام على الجنين وصى، ولكن يصح أن ينصب له أمين للمحافظة على ما احتجز له من أموال. وذلك خلاف ماتقضى به المادة الثالثة من قانون المجالس الحسبية من إقامة وصى على الجنين، اتباعا لرأى بعض الفقهاء.

يكون الإنسان صالحا لأن يلتزم بعبارته فيكون مؤاخذا بها، ويطالب بمقتضى هذا الالتزام. ولأن ينشئ مع غيره عقودا يكتسب بها حقوقا يطالب غيره بها بناء على هذا التعاقد. فثبوت أهلية الأداء يستلزم صحة التصرفات القولية، ومن ثم ترتبت النتائج الآتية:

(١) إن المجنون والصبى غير المميز لا يتصفان بأهلية الأداء، إذ لا أثر لعبارتهما كما سيأتى، وإن كانت أهلية الوجوب فيهما كاملة لما قدمنا.

(٢) إن البالغ العاقل كامل الأهليتين: أهلية الوجوب «لأنه أهل لأن يجب له ويجب عليه» وأهلية الأداء «لمؤاخذته بعبارته وترتب آثارها عليها».

إن ثبوت أهلية الأداء يستلزم ثبوت أهلية الوجوب، دون العكس؛ ذلك لأن مناط ثبوت أهلية الأداء صحة العبارة وترتب آثارها، وليست هذه الآثار إلا حقوقا تطلب ممن أصدرها، وحقوقا يطلبها هو ممن وجهها إليه، وذلك ماتتحقق به أهلية الوجوب، أما أهلية الوجوب فمناطها الحياة، وقد يكون الحى غير صحيح العبارة لفقدان تمييزه كالمجنون.

مناط أهلية الأداء: مناط أهلية الأداء ثبوت العقل والتمييز، ويراد بالتمييز معرفة معانى الألفاظ التى تنشأ بها العقود، والعلم بآثار تلك العقود والغبن فيها من فاحش ويسير، ولا اعتداد بشىء من ذلك إلا لمن بلغ السابعة من عمره، أما قبل ذلك فلا اعتداد بعقله ولابتمييزه.

أنواع أهلية الأداء: وأهلية الأداء نوعان : **كاملة وناقصة**، وذلك بحسب كمال العقل ونقصانه، فتكون كاملة فى **البالغ العاقل**، ولذا كان كامل التصرف فى أمواله، يتصرف فيها كما يريد غير مقيد بقيد إلا مايقيده به الشارع، إما لعدم الإضرار بحقوق غيره من دائن أو وارث، عندما يحجر عليه بسبب الدين، أو عند مرضه مرض الموت، وإما لمنع الأذى والضرر عن نفسه عندما يحجر عليه بسبب السفه أو الغفلة كما سيأتى تفصيله.

أهلية الأداء الناقصة: وتكون ناقصة فيمن كان عنده أصل التمييز ولم يكمل عقله، إما لعدم بلوغه السن، وإما لآفة أصابته، كعته، والأول هو الصبى المميز، والثانى هو المعتوه المميز، فهؤلاء هم ضعيفو الأهلية أو ناقصوها، أما

الصبى الذى لايميز والمجنون فهما فاقدان لهذه الأهلية لفقدهم التمييز، ويلحق بهؤلاء فى بعض الأحكام المحجور عليه للسفه أو للغفلة أو للدين، وكذلك المريض مرض الموت. وهاك أحكام عقودهم.

أطوار الإنسان فى أهليته: للإنسان بالنسبة إلى أهليته أربعة أطوار، فيكون أول أمره جنينا «حملا فى بطن أمه» ثم يولد، فيكون صبيا غير مميز، ثم يجيئه بعد ذلك التمييز فيكون صبيا مميزا، ثم يبلغ الحلم فيكون بالغا.

الجنين: يبدأ الإنسان حياته جنينا، فتكون له حينئذ أهلية وجوب قاصرة مظهرها فى ثبوت بعض الحقوق له، ولايثبت له شىء منها إلا عن طريق الوراثة أو عن الإيصاء له، أو عن الوقف عليه، ويشترط فى ثبوت ذلك له أن يولد حيا، ويتحقق ذلك بظهور أكثره حيا، ولايضير أن يموت إثر ذلك مباشرة، فإذا ظهر ميتا تبين أنه لم يكن له حق فى ميراث ولا فى وصية ولا فى وقف، ويصير كل ذلك لمن يستحقه على فرض عدم وجوده أصلا.

وغنى عن البيان أنه فى هذا الطور لايكون له ولى، ولذا لايثبت له حق إلا فى هذه النواحى الثلاث، لعدم افتقارها إلى قول أو فعل منه أو ممن يلى عليه، أما مايفتقر إلى ذلك من الحقوق فلا يثبت له ولايجب عليه، إذ ليس له فى هذا الطور قول ولا فعل، وليس له مع ذلك ولى يقوم مقامه فى ذلك، وهذا ماعليه أكثر الفقهاء [1].

الصبى غير المميز: إذا ولد الجنين حيا أصبح صبيا لاتمييز له إلى أن يبلغ تمام السنة السابعة، وفى هذا الطور تثبت أهلية الوجوب الكاملة، فتجب له الحقوق قبل غيره وتثبت عليه واجبات لغيره، ويكون له فى هذا الطور ولى أو وصى يقوم على إدارة أمواله والتصرف فيها على وفق ماحدد له فى ذلك من حدود شرعية ليس من موضوعنا بيانها.

---

(١) قدمنا أنه يجوز أن يعين للحمل أمين يقوم بحفظ ما احتجز له من المال، وأن المادة الثالثة من قانون المجالس الحسبية تجوز إقامة وصى عليه، ولم تفرق بينه وبين أى وصى آخر، وعلى ذلك يكون له ما للأوصياء العاديين من إدارة الأموال والتصرف فيها حسب الحدود الشرعية الموضوعية، فإن ظهر حيا تبين أن تصرفه صادف مالا مملوكا لموليه، وإن ظهر ميتا تبين أن تصرفه صادف أموالا مملوكة لغير موليه. فيكون تصرفه فيها كتصرف الفضولى موقوفا أو باطلا على الخلاف فى ذلك.

وليس له فى هذا الطور عبارة معتبرة، بل تكون جميع أقواله فيه مهدرة لاغية لا يترتب عليها التزام ولا إلزام، فلا ينشأ عنها أى عقد كيفما كانت صفته، وكيف كان نوعه، وإنما يباشر لأجله مايحتاج إليه من هذه العقود من له الولاية عليه. ويستمر هذا الطور، ولاينتهى إلا بتوافر أمرين: بلوغه السابعة من عمره وتمييزه. وأهلية الأداء فيه بنوعيها معدومة.

الصبى المميز: يكون الصبى مميزا إذا بلغ السابعة من عمره، وتوافر له معرفة معانى الألفاظ التي تنشأ بها العقود التي يريد إنشاءها وآثارها، وعلم الغبن فيها، فإن لم تتوافر له تلك المعرفة، ولم يعلم الغبن فيها، لم يكن مميزا، كما لا يعد مميزا قبل بلوغه السابعة، وإن أدرك شيئا من ذلك.

وينتهى الصبا ببلوغه الحلم، ويعرف ذلك بعلامة من علاماته، كالحيض للأنثى والاحتلام للرجل، فإذا لم تظهر علامة من علاماته اعتبر كل منهما بالغا بتمام الخامسة عشرة من عمره عند أكثر العلماء [١].

غير أن بلوغ الحلم ليس كافيا وحده لتسليم مال الصغير إليه، وإطلاق يده فى التصرف فيه عند الصاحبين، بل لابد مع ذلك من إيناس الرشد، لقوله تعالى فى أوائل سورة النساء ﴿**وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم**﴾ ولذا رأيا أن الولاية على الصبى المميز لاتنتهى، ولاتطلق يده فى جميع التصرفات، إلا إذا بلغ رشيدا، فإن رشد قبل البلوغ استمرت الولاية عليه حتى يبلغ، وإن بلغ غير رشيد استمرت حتى يرشد مهما كبرت سنه.

وذهب أبو حنيفة إلى أنه إذا بلغ غير رشيد لم يدفع إليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة، فإذا بلغها دفع إليه ماله وإن لم يرشد، أما نفاذ تصرفه فيثبت له بمجرد بلوغه وإن لم يدفع إليه ماله، لأنه لايرى الحجر للسفه كما سيأتى [٢].

ولم يجعل الفقهاء للرشد سنا مقدرة دائما، بل يعرف عندهم بالمعاملة والتجربة، ولكن قانون المجالس الحسبية حدد له سنا معينة، وهى إحدى وعشرون سنة ميلادية، والغلام والفتاة فى ذلك سواء، فإذا بلغها أحدهما انتهت الولاية الحسبية عليه.

---

(١) وإلى هذا ذهب الصاحبان وعليه الفتوى، وهو رواية عن أبى حنيفة وقول للشافعى وروى عن أبى حنيفة أيضا أن العبرة بتمام الثامنة عشرة بالنسبة للغلام والسابعة عشرة بالنسبة للفتاة، وعن بعض العلماء: المعتبر اثنتان وعشرون سنة بالنسبة لهما، وعن بعضهم خمس وعشرون سنة، . راجع الهداية والعناية.

(٢) راجع الهداية والعناية «ج٧ ص٣١٦».

غير أنه يجب ألا يعزب عن البال أن هذا التحديد الذى صدر به قانون المجالس الحسبية خاص بالرشد في التصرفات المالية، وهى ماكان محلها المال مباشرة، أما غيرها من التصرفات كالزواج والطلاق فقد بقى الرشد غير محدد بسن خاصة، بل يرجع فى تعرفه إلى المشاهد والتجربة، وعلى ذلك فانتهاء الولاية بالنسبة لها يراعى فيه الخلاف المذكور آنفا، وهو أنها تنتهى بالبلوغ وحده أم بالبلوغ مع الرشد ولو لم يصل المولي عليه إلى إحدى وعشرين سنة، وعند ذلك ينفذ كل من زواجه وطلاقه دون رجوع إلى رأى أحد.

والصبى فى هذا الطور - طور التمييز قبل الرشد - له أهلية وجوب كاملة كما قدمنا، وله كذلك أهلية أداء قاصرة، ولذا تكون عبارته صحيحة معتبرة فى بعض التصرفات، اكتفاء بإرادته فيها لأن منفعته فيها محققة ومهملة لاغية فى بعض آخر منها بالنسبة له؛ لأن ضرره فيها محقق أو الشأن فيها كذلك، فلم تعتبر له فيها بسبب ذلك إرادة ولا عبارة ، لقصور وزنه ورضاه. وقد تتوقف صحتها واعتبارها على أنه تعضدها إرادة أخرى رشيدة هي إرادة الولى عليه، فإذا انضمت إلى إرادته ظهر أن وزنه صحيح، وإذا خالفته ظهر عكس ذلك فتلغو عبارته، وذلك فى العقود التي تتردد بين أن تكون نافعة أو ضارة بحسب الشأن فيها، ولذا انقسمت العقود أو التصرفات بالنسبة له ثلاثة أقسام:

الأول : التصرفات النافعة نفعا محضا، كقبول الهبة وقبول الكفالة وقبول الوصية، وهذا النوع يصح بعبارته وينفذ دون حاجة إلى إجازة ممن له الولاية عليه؛ ذلك لأن عبارته صالحة فى ذاتها لإنشاء العقود. ولذا صلح لأن يكون وكيلا عن غيره فى جميع عقوده وتصرفاته. وليس فى هذا النوع من التصرفات ضرر به، فلم يكن ثمة فى حاجة إلى الاستعانة بغيره، وفى الحكم بصحتها منفعة له، فلذلك صحت ونفذت.

الثانى : التصرفات الضارة ضررا محضا ، بحيث يكون من أثرها النقص لا الزيادة كالتبرع بجميع أنواعه من هبة ووصية [1] وكفالة ووقف،

---

(١) تنص المادة الخامسة من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه يشترط فى الموصى أن يكون أهلا للتبرع قانونا. ومعنى ذلك أن يبلغ من العمر ٢١ سنة ميلادية، كما يقضى بذلك قانون المجالس الحسبية مادة ٢٩ منه، وأن يكون مع ذلك رشيدا. . وبناء على ذلك فلا تصح الوصية ممن لم يبلغ هذه السن ولو كان بالغا رشيدا، =

وكالطلاق [1] والإعتاق. وهذا النوع لاينعقد بعبارته، فلا ينقلب صحيحا بإجازة من له الولاية عليه، لأنه ضار به فى الجملة فلا يلزم به، سواء باشره هو أم باشره عنه وليه، وإذا لم يكن لوليه مباشرته ابتداء لم يكن له حق إجازته انتهاء.

الثالث - التصرفات التي من شأنها أن يكون من ورائها ضرر، كالبيع والشراء والإجارة وسائر المعاوضات والنكاح، وعبارة الصبى المميز صالحة لإنشائها لما فيها من توافر القصد إلى معانيها، ودلالتها على وجود الإرادة فى إنشائها. وقد اعتبرت هذه الإرادة نظرا لما قد يترتب على هذه العقود من المنفعة فى بعض الأحوال، ولكنها مع ذلك لا تنفذ إلا بإجازة الولى أو الوصى، لأنها وليدة عقل فيه نقص وإرادة بها ضعف، ولا يدرى أفيها خيره أم ضرره، فلابد من أن ينضم إلى عقل الصبى الناقص وإرادته الضعيفة عقل كامل وإرادة قوية، حتى إذا رؤي أن فى التصرف خيره أجيز فنفذ، وإلا رفض فبطل [2].

وقد علمت أن النظر فى ذلك إنما هو إلي طبيعة هذه العقود، فروعى الشأن فيها دون التفات إلى واقعة العقد الذى باشره الصبى وإلى ظروفها، فإذا كان هذا العقد من النوع الثالث مثلا توقف نفاذه على إجازة وليه أو وصيه. وإن كانت فيه المنفعة واضحة ظاهرة، وذلك كبيعه بأضعاف القيمة وكشرائه بنصف القيمة [3].

= غير أن القانون أجاز لمن بلغ من العمر ثماني عشرة سنة شمسية أن يوصى بإذن من المجلس الحسبى. راجع المادة الخامسة.

(١) قال شمس الأئمة: طلاق الصبى المميز واقع إذا دعت إليه حاجة، الا ترى أنه إذا أسلمت امرأته يعرض عليه الإسلام فإن أبى فرق بينهما، وهو طلاق عند الطرفين، وإذا ارتد فرق بينه وبين امرأته وهو طلاق عند محمد ا.هـ. من شرح الأنوار «ج٢ ص٢٥٨».

(٢) إذا رأى الوصى أو الولى الصغير المميز يبيع او يشترى فسكت عن ذلك لم يكن سكوته رضا عند الحنفية، وللمالكية فى ذلك رايان: رأى يقضى بأن فعله فى هذه الحال كفعل الولى أو الوصى، ورأى يقضى بأنه غير لازم، فإن كان فيه مصلحة لزم المحجور وإلا نقض واعيدت الحال إلى ماكانت عليه من قبل العقد إن أمكن ذلك، ففى البيع يسترد المبيع إن كان قائما وقيمته إن هلك، فإن تعذر الرجوع على المشترى بالقيمة كان الوصى ضامنا لتقصيره بعدم منعه حين رآه يبيع . حطاب «ج٤ ص٢٤٧».

(٣) وتقسيم العقود التى يباشرها الصبى هذه القسمه الثلاثية يجرى عليه العمل الآن مادام الصبى غير بالغ. فإذا بلغ تمت له أهلية الأداء كاملة على الخلاف الذى اشرنا إليه. ولكن قانون المجالس الحسبية فى هذا الحال لايعترف له بها فى جميع العقود المالية؛ لأنه لم يبلغ سن الرشد، فلا يزال فى نظره بالنسبة لها ذا أهلية أداء ناقصة، فيستمر حكم مباشرته لها على الوجه المذكور، حتى يبلغ الثامنة عشرة من عمره، فإذا بلغها منحه القانون أهلية أداء كذلك بالنسبة إلى الأمور الآتية فقط:

١ - تسلم أمواله وإدارتها بنفسه.

٢ - قبض دخله والتصرف فيه

وإجازة هذه العقود لاتكون صحيحة إلا إذا كانت ممن يملك إنشاء هذا العقد وإنفاذه ابتداء، فإن لم يكن يملكه ابتداء لم ينفذ بإجازته انتهاء، وبناء على ذلك إذا باع الصغير المميز شيئا من ماله بغبن فاحش كان هذا البيع باطلا، فلا يصح بإجازة الولى، لأنه لايملك أن يبيع ابتداء بالغبن الفاحش، فلا يملك أن يجيزه إذا باشره من هو تحت ولايته [1].

= ٣ ـ التأخير لمدة لاتتجاوز سنة.

٤ ـ زراعة أطيانه.

٥ ـ إجراء ما يلزم للعقارات من أعمال الحفظ والصيانة. ويستمر قاصرا فيما عدا ذلك، راجع مادة «٢٩» من القانون.

ومما لاشك فيه أن وضع الأمور الخمسة هذا الوضع جعلها ذات مرونة تحتاج معها إلى التحديد.، إذ إنها بوضعها هذا يمكن أن تتناول كثيرا من التصرفات والعقود، فإن إدارة الأموال تتناول استثمارها بواسطة التجارة والصناعة. وناهيك بما يتطلبه ذلك من التصرفات والعقود المتعددة الأنواع، والتصرف فى الدخل يتناول أن يشترى به عقارات وأوراقا مالية، وزراعة الأرض تستلزم شراء البذور والأسمدة وآلات الزراعة واستئجار العمال، وكذلك الحال فيما تقتضيه أعمال الصيانة والترميم اللازمة للعقارات، وهذا بجملته قد يتعارض مع ماقضت به المادة ٢١ من القانون. فإنها توجب على الوصى استئذان المجلس فى شراء العقارات أو بيعها. وفى بيع الأوراق المالية ورهنها، وفى إجراء الصلح، وهذه الأعمال قد تقتضيها الأمور الخمسة السابقة، فتكون فى سلطان الصبى بدون حاجة إلى إذن، ومن البعيد أن يلزم الوصى بالاستئذان فى تصرفات تعطى لموليه من غير استئذان، فهل المراد إطلاق التصرف للصبى فى الدخل ولو أدى ذلك إلى شراء العقار وبيعه مع إبقاء القيود الخاصة بالوصى؟ أو أن المادة ٢٩ يجب أن يراعى تقييدها بما تقتضيه المادة ٢١ ولو من طريق الإشارة واللزوم؟ وقد يقال: إن المادة ٢٩ استثناء، والاستثناء لا يتوسع فيه، فيجب ألا يعطى بها الصبى ما لايعطى الوصى، كما يمكن أن يقال: إن القيود الواردة بالمادة ٢١ إنما وردت فى رأس المال، والإطلاق الذى تقضى به المادة ٢٩ إنما هو فى الدخل. وعلى كل حال فذلك من سوء الوضع. والفكرة القانونية تميل إلى التقييد.

(١) هذا ماذهب إليه الصاحبان، وفى كشف الأسرار على المنار وشرحه نور الأنوار فى باب الأهلية وعوارضها: مايدل علي أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يرى أن بيع الصبى المميز وشراءه مع الغبن الفاحش صحيح نافذ بإجازة وليه، على الرغم من أن وليه لايملك ذلك وحده، وفى كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى إشارة إلى ذلك، وقد عللوا هذا بأن عبارة الصبى المميز صالحة لإنشاء العقود، وأنه لوجود التمييز عنده أهل لإنشائها، وإنما توقف إنشاؤه إياها فيما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر لقصور رأيه وضعف وزنه. فإذا انضم إليه رأى وليه صار مجبورا به والتحق بالبالغ، فينعقد لذلك تصرفه بالغبن الفاحش. ولكن بشرط أن يكون مع غير الولى. أما إذا تصرف مع الولى نفسه فعن أبى حنيفة فى ذلك روايتان: إحداهما تفيد النفاذ والجواز؛ لأنه يتصرف بنفسه وبأهليته. ورواية تفيد المنع لأن شبهة نيابته عن الولي فى هذا التصرف قائمة، وذلك لحاجته إلى رأى وليه بسبب قصور رأيه، فكان لهذه الشبهة اعتبار فى موضع التهمة، وهو بيعه لوليه أو شراؤه منه فلم يجز لذلك ولم ينفذ وعلى هذا فلا فرق عند أبى حنيفة: بين الإجازة اللاحقة والإذن السابق.

وما يتوقف من عقود الصبى على إجازة وليه ينفذ بإجازته بعد بلوغه إذا بقى كذلك، أما مايقع باطلا ابتداء فلا يصح بإجازة أحد [1].

البالغ العاقل - إذا انتهى دور التمييز بالبلوغ مع الرشد «كما هو مذهب الصاحبين» أو بالبلوغ فقط مع العقل كما هو «مذهب الإمام فإنه يتم لصاحبه حينئذ أهلية الأداء، فتكون كاملة فيه، ولذا تكون عبارته صحيحة معتبرة في جميع العقود والتصرفات على مابينا من قبل، ويستمر له ذلك إلى الموت. ولكن هذه الأهلية قد تتأثر بعوارض تعرض له فى هذه الفترة، فتذهب به كلية أو تنقصها.

عوارض الأهلية: إذا بلغ الإنسان رشيدا كانت أهليته للأداء كاملة، ولكن قد يعرض له مايؤثر فيها، فتزول معه أو تنقص، وقد يعرض له ما لا يؤثر فيها ولكنه يستتبع أن يحد من تصرفه، فإذا كان العارض مما يزيل العقل لا إلى أمد أعدمها، كالجنون والعته التام، وإذا كان مما يضعفه ولا يذهب به نقصها كالعته الذى لايعدم التمييز، وإذا كان لايؤثر فى العقل ولكنه يفسد التدبير، لم يؤثر فى الأهلية. وإنما يستوجب حدودا لايتعداها صاحبه محافظة على ماله. وهذه الحدود قد يكون لها من الأثر مثل مايكون للأهلية الناقصة، وذلك كالسفه والغفلة، وإذا كان لايفسد التدبير ولكن يظن معه الخوف على حقوق الغير، كمرض الموت والدين، فإنه يستوجب من الحدود فى التصرفات ماتتوافر به المحافظة على هذه الحقوق فقط.

---

(١) ولولى الصبى أن يأذنه بالتجارة تدريبا له وتمرينا على المعاوضات المالية والصفق في الأسواق، فتظهر بذلك الإذن أهليته فى هذا النوع من التصرفات. فيباشره بأهليته حينئذ لا نيابة عن وليه، ولذا يجوز له أن يباشر كل ماتتطلبه التجارة من تصرف أو تعاقد، ولايتقيد فى ذلك بما قد يقيده به وليه؛ لأنه بالإذن ظهرت أهليته، وإذا كان أهلا باشر كل عقد بمقتضى أهليته، دون أن يملك أحد تقييده خلافا لأحمد كما فى الكشاف «ج٢ ص٢٢٩». فينفذ ما يباشره من هذه العقود دون حاجة إلى إجازتها من وليه. حتى لقد أجاز له أبو حنيفة فى هذه الحال البيع بغبن فاحش، بناء على أنه يتصرف بأهليته وقد زال الحجر عنه فى هذا النوع من التصرف كما قدمنا، فالتحق فيه بالبالغين. وخالف فى ذلك الصاحبان بناء على أنه ما أذن إلا ليكون ذلك سبيلا إلى نفعه لا إلى ضرره والبيع بالغبن ضرر له، وخاصة إذا لوحظ أن ذلك لايملكه وليه، ويرى أحمد أنه يتقيد بما يقيده به وليه» . وكما يصح أن يصدر هذا الإذن من الولى كذلك يصح أن يصدر من القاضى ولو أباه الولى؛ لأن مدار ذلك على النظر والقصد إلى تدريب الصبى، ولا يكون من القاضى إلا إذا تحققت له المصلحة فى ذلك. وقد خالف فى هذا كله الشافعى بناء على أنه ليس لغير البالغ عبارة صحيحة بل عبارته مسلوبة فلا تصح منه العقود ولا تلحقها إجازة كما فى نهاية المحتاج «ج٤ ص٣٥٧».

والعوارض على الجملة هى: الجنون، والعته، والسكر، والنوم، والإغماء، والسفه والغفلة والدين ومرض الموت.

الجنون - هو عارض تنتفى معه أهلية الأداء لزوال التمييز معه، ولذا يكون حكم المجنون حكم الصبى الذى لايميز، فهما فى الحكم سواء، غير أن الجنون قد يكون مطبقا وقد يكون متقطعا، فإذا كان متقطعا وكان العقل طبيعيا فى حالة الإفاقة فإن تصرف صاحبه حال الإفاقة يكون كتصرف العاقل الرشيد، وحال الجنون يكون كتصرف المجنون.

السكر - إذا ذهب السكر بالعقل ذهابا تاما، فقد اختلف فيه نظر العلماء، ففريق منهم نظر إلى السكر فى ذاته، فوجد أنه يذهب بالإرادة والقصد كالجنون، فأبطل معه العبارة ولم يرتب عليها قصدا ولا التزاما، لافرق عندهم بين سكر بسبب مباح وسكر بسبب غير مباح، وإلى هذا مال ابن القيم، وهو رأى فريق من المالكية، ونظر الجمهور إلى سبب السكر، فإن كان مباحا فالحكم عندهم كما قدمنا، وإن كان حراما فالحكم صحة عبارته، فتصح بها كل العقود والالتزامات كالبيع والإجارة والرهن والوكالة والطلاق والزواج والرجعة. وذلك زجرا له وعدم اعتراف بما أقدم عليه من منكر، وعليه فله أهلية أداء كاملة، وذهب أحمد فى رواية عنه، وكذا الطحاوى والكرخى من الحنفية. إلى أن طلاق السكران مطلقا غير واقع، وعلى ذلك العمل الآن فى المحاكم الشرعية.

النوم - النائم حال نومه كالمجنون حال جنونه، فليس له عبارة معتبرة، وكل ما يصدر عنه من قول فى هذه الحالة لغو؛ لعدم قصده وإرادته، ولأنه عارض طارئ ومؤقت كان زوال أهلية الأداء به مؤقتا، بالنسبة إلى العقود والالتزامات.

الإغماء - والمغمى عليه حال إغمائه، كالنائم حال نومه، لافارق بينهما فى جميع العقود والالتزامات لعدم قصده وإرادته أيضا [1].

---

(١) لايعد الحنفية النسيان من عوارض الأهلية فلا تأثير له فى صحة عبارة الناسى إذا مادلت على إنشاء عقد والتزام وإن قالها ناسيا لمعناها، وعلى ذلك فجميع عقود الناسى صحيحة ملزمة له عند الحنفية، ولا يصدق فى ادعائه النسيان أو الغفلة. وإذا صدقه فى ذلك من تعاقد معه كان العقد فاسدا لاتفاقهما على انعدام الرضا فيه. وذهب الشافعى إلى أن عبارة الناسى إذا صدرت منه ناسيا لمعناها كانت عبارة مهملة لايترتب عليها أثر . ا.هـ من الأشباه للسيوطى.

العته: المعتوه من كان قليل الفهم، مختلط الكلام فاسد التدبير، لايضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون، والعته إن ذهب بالعقل والتمييز فنوع من الجنون الساكن، وحكمه حكم المجنون المطبق جنونه، فليس له أهلية أداء، ولاتصح منه عبارة، وإن لم يذهب بالتمييز فحكمه حكم الصبى المميز لايختلف عنه فى شيء فله أهلية أداء ناقصة.

السفه: السفه عدم الإحسان فى تدبير المال، وإنفاقه على خلاف مقتضى العقل والحكمة والشرع، وعلى الجملة يراد به إنفاق المال وإتلافه فيما لايرضى عنه العقلاء من ذوى الحكمة والدين، ولايراه أبو حنيفة موجبا للحجر،وعلى ذلك فعقود السفيه عنده وتصرفاته كعقود الرشيد وتصرفاته، إذ فى الحجر عليه إهدار لآدميته محافظة على ماله، وآدميته خير من ماله. ولايضيع الأعلى للأدنى. ويرى الصاحبان أن يحجر على السفيه مراعاة لمصلحته وإعانة له محافظة على ثروته، وعلى القولين ليس للسفه تأثير فى أهلية أداء السفيه، فأهليته للأداء كاملة، وإنما يقتضي السفيه عند الصاحبين الحجر عليه فى بعض التصرفات والعقود محافظة على ماله كما قدمنا.

وتحقق السفه كاف فى اعتباره محجورا عليه دون حاجة إلى قضاء بذلك، وإذا زال السفه زال الحجر، كما هو الحكم فى عارض الجنون. وهذا عند محمد. وذهب أبو يوسف إلى أنه لايعد محجورا عليه إلا من وقت توقيع الحجر عليه من القاضى، ولا يرفع الحجر إلا إذا رفعه القاضى بعد أن يثبت لديه زوال السفه.

عقود السفيه وتصرفاته: وعلى ذلك تكون تصرفاته قبل توقيع الحجر عليه عنده كتصرفات الرشيد. أما بعد الحجر عليه فإنه يكون فى تصرفاته كالصبى المميز، لا يختلف عنه إلا فيما يأتى مادام الحجر قائما.

(١) يصح منه نكاحه وطلاقه وعتاقه ورجعته، غير أنه إذا سمى مهرا لم يلزمه إلا فى حدود مهر المثل فلا يزيد عليه، ولو أذن له القيم فى ذلك.

(٢) يجوز له أن يقف ماله على نفسه ثم من بعده على ذريته؛ لأن ذلك التصرف يتلاءم مع مافرض عليه من حجر؛ إذ الوقف نوع من الحجر.

(٣) تجوز وصيته بالثلث فى وجوه البر، لأن ذلك من العبادة وهو أهل لها،

لتمام تكليفه وأهليته. فلو أوصى فى غير هذه السبل كانت وصيته باطلة، كالوصية لأهل الفسق(١).

الغفلة: ذو الغفلة هو الذى لايهتدى إلى خيره إذا تصرف، فلا يعرف لذلك عند أبي حنيفة، فهو فى تصرفه كالرشيد، ويرى الصاحبان الحجر عليه، وحكمه عندهما كحكم السفيه، لايختلف عنه فى شيء، وإلى الحجر عليه وعلى السفيه ذهب الشافعى ومالك وأحمد.

ذهب الشافعى ومالك وأحمد.

الدين: (لايرى أبو حنيفة أيضا أن يحجر على المدين لأجل دينه)، ويرى الصاحبان أن يحجر عليه، ولاينحجر إلا بالقضاء، ولا يقضى عليه بالحجر، إلا إذا كان الدين مستغرقا لماله (١) ولا يتناول الحجر حينئذ إلا مايملكه من مال عند توقيع الحجر عليه.

ويترتب على الحجر منعه من كل تصرف فى ذلك المال يضر بدائنيه فقط، فإذا تبرع منه بأى شكل من الأشكال، ولو فى ضمن بيع كان تبرعه موقوفا على إجازة الدائنين، أو سداد ديونهم، أو براءة المدين من بعضها إذا بقى له بهذه البراءة من ماله مقدار ماتبرع به، فإن أجاز الدائنون هذا التبرع نفذ وإن أبطلوه بطل. فإذا وهب جزءا من ماله لآخر كان هذا العقد موقوفا كما بينا، فإذا كانت ديونه ألف جنيه، وماله ألف جنيه، ووهب ماقيمته ١٠٠ جنيه، كانت هبته موقوفة، فإن أجازها الدائنون نفذت وإن أبطلوها بطلت. وكذلك تنفذ إذا قام مدين له بسداد مائة جنيه من دينه على الأقل. أو أبرأه الدائنون من ذلك المبلغ من ديونهم؛ لأنه قد سلم له حينئذ هذا المبلغ، فيتصرف فيه كما يشاء. وكذلك إذا باع فحابى فى بيعه كان للمشترى أن يكمل الثمن إلى قيمة المثل فينفذ شراؤه عندئذ. فإن أبى ذلك كان العقد موقوفا، فإن أجازه الدائنون نفذ، وإن رفضوه بطل.

وذهب مالك إلى الحجر على المدين بسبب الدين فيما يضر بدائنيه، فيمنع من الهبة والتبرع بأى وجه، ومن الوقف مراعاة لحقوق دائنيه من غير حاجة إلى

---

(١) أجاز قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ للمحجور عليه لسفه أو غفلة أن يوصى مطلقا بإذن من المجلس الحسبى.راجع المادة الخامسة.

(٢) راجع الفتاوى الهندية فى باب الحجر.

القضاء بالحجر عليه، فإذا فعل كان لهم حق إبطال تصرفه. وهذا قول فى مذهب أحمد اختاره الشيخ تقى الدين بن تيمية الحنبلى. والقول الآخر أن تصرفه نافذ مادام لم يحجر عليه [1].

مرض الموت: مرض الموت هو المرض الذى يتوافر فيه أمران: أحدهما أن يغلب فيه الهلاك عادة. وثانيهما أن يتصل به الموت. سواء أوقع بسببه أم بسبب آخر خارجى عن المرض، كقتل أو غرق ونحوهما، ويلحق بهذا المرض جميع الأحوال التي يترقب فيها الموت لأصحابها، ويرى فى العادة أنهم لايفلتون منه، وذلك كما فى المقاتلة عند التحامهم، ومن قدم لقتل من قصاص ونحوه، ومن أشرف على الغرق فى البحر.

وإذا تطاول مرض الموت فإن كان فى جميع أوقاته يزداد ويسوء فصاحبه يعتبر مريضا به، ويعطى لتصرفه فيه جميع أحكام تصرفات المريض مرض الموت. وإن وقفت علته فلم تتغير واستمر هذا سنة على الأقل ألحق مامضى بالصحة، ثم لايزال صاحبه يعتبر صحيحا فى تصرفاته إلى أن يتزايد المرض. فيعتبر مريضا مرض الموت من ابتداء تزايده فقط، فتثبت لتصرفاته بعد الزيادة حكم تصرفات المريض، إلا إذا عاد المرض فوقف وطالت مدة وقوفه سنة، فإنه حينئذ تعتبر تصرفاته كتصرفات الصحيح وهكذا، وكثيرا ما يحصل هذا فى بعض حالات السل والسرطان والشلل والجذام.

وبناء على ماتقدم، فإذا أصاب الإنسان مرض لايغلب فيه الهلاك عادة، ثم توفى بسببه، كأن أصابه مغص بسيط، فتوفى به، وقد باشر تصرفا فيه، فإنه لايعد مريضا مرض الموت بالنسبة لهذا التصرف، ويكون حكمه حكم تصرفه حال الصحة. وكذلك إذا مرض إنسان مرضا يغلب فيه الهلاك عادة فتصرف فيه ثم شفى منه اعتبر تصرفه كأنه صادر حال الصحة، ذلك هو المراد عند الفقهاء بمرض الموت.

تعلق الحقوق بالمال حال المرض: وفى هذا المرض يتعلق بمال المريض حق الدائنين ليستوفوا ديونهم منه، وحق الورثة ليخلص لهم تملك الثلثين مما يبقى

(١) راجع القواعد لابن رجب «ص ١٤ ق١١».

بعد سداد الديون إن كان هناك ديون. أما الثلث الباقى، فقد جعله الشارع حقا للمريض ينفقه فيما يرى من سبل الخير بواسطة التبرع المنجز فى حال المرض أو بواسطة الوصية، فإن لم ينفقه كله أو لم ينفق منه كان الباقى للورثة.

وإنما تعلقت حقوق هؤلاء بهذا المال فى ذلك الوقت؛ لأن هذا المرض سبيل إلى الموت غالبا ومقدمة له فأقيم مقامه فى تعلق حقوقهم بمال صاحبه، إذ بالموت تتعلق بالمال حقوق الدائنين والموصى لهم والورثة، غير أن تعلق حقوق هؤلاء بسبب المرض لايمنع أن للمريض حقا فى ماله، ففيه نفقاته وعلاجه، ونفقات من تجب عليه نفقتهم. وحاجاته فيه وحقوقه مقدمة على حقوق غيره؛ ولذا كانت عقوده وتصرفاته فيه مراعى فيها كل ذلك، فكل تصرف يمس حقوق غيره ولم يكن حقا له منع منه، وكل تصرف هو من حقه وحاجته الشخصية لم يمنع منه، وذلك إجمال لايغنيك عن التفصيل فهاكه.

(أ) حقوق المريض وحاجاته: ذكرنا أن للمريض حقا وحاجة ضرورية فى ماله وحقه فيه مقدم على حقوق غيره من دائنين وورثة، ولذا كان له أن ينفق من ماله أثناء مرضه على نفسه وعلى من تجب عليه نفقتهم بالمعروف، لايمنع من ذلك، وكان له أن يأخذ منه نفقات علاجه، وأثمان دوائه، وأن يبيع من ماله فى سبيل ذلك ما يشاء،وتصرفه فى هذه السبيل وعلى هذا الوجه تصرف صحيح نافذ، ليس لدائن أو وارث حق الاعتراض عليه إلا إذا حابى فى بيعه أو شرائه، فإن محاباته حينئذ تعتبر تبرعا فى مرضه، فتأخذ حكم تبرعات المريض على الوجه الذى سنبينه.

وكذلك له أن يتزوج فى مرضه غير أنه لايلزم بأكثر من مهر المثل، وتعتبر الزيادة عليه تبرعا لزوجه حكمه حكم الوصية، وكذلك له أن يطلق زوجه فينفذ زواجه وطلاقه.

(ب) حقوق الدائنين: ويلي ذلك حقوق دائنيه فتتعلق بماله ليستوفوها منه، ولذا كان تعلقها به من ناحيته المالية فقط، فلا يضيرهم أن يستبدل المريض بأمواله غيرها مادام فى البدل قيمها، وعلى ذلك فله أن يبيع من أمواله مايشاء بقيمته، وأن يشترى فى مرض موته مايشاء بقيمته، لايحجر عليه فى شىء من

ذلك بالنسبة للدائنين مادام ذلك لايضر بحقوقهم، وإنما يضر بها إذا كان فى تصرفه غبن، ولو كان يسيرا متى كانت ديونهم مستغرقة. وعند ذلك لاينفذ تصرفه إلا برفع الغبن أو بإبراء الدائنين من ديونهم أو بتنازلهم عن بعضها إذا كان من وراء هذا التنازل أن يسلم للمريض من أمواله مايسع ثلثه عند الوفاة هذا الغبن [(١)]. أما إذا كانت ديونهم غير مستغرقة فإن الغبن يكون مقبولا بشرط ألا يزيد عند الوفاة على ثلث مابقى بعد سداد الديون، وذلك بعد أن تضاف إليه جميع التبرعات فى المرض والوصايا.

تصرف المريض فى المنافع: ولتعلق حقوق الدائنين بأعيان التركة من ناحيتها المالية فقط، لايمنع المريض من أن يتصرف فى منافع أمواله، وأن يحابى فى تصرفه فيها عند الحنفية[(٢)] إذ لاتعلق لحقوق الدائنين بمنافع الأعيان؛ لأنها ليست أموالا عند الحنفية، ولذا يجوز له أن يؤجر منزلا بأقل من أجرة مثله بغبن فاحش، وأن يعيره لمن يريد، وأن يضارب بماله مع أى شخص وبأى ربح، لايجوز للدائنين أن يعترضوا على شىء من ذلك. وثمة سبب آخر لجواز ذلك، هو أن التصرف في المنافع ينتهى بالوفاة، وجميع تصرفات المريض حال حياته نافذة، وإنما يتوقف منها عند وجود سبب التوقف مايبقى بعد الوفاة، وإجارته وإعارته ومضاربته تنتهى بوفاته. وهى نافذة فى حياته شأنها فى ذلك شأن كل تصرف يصدر منه.

الضابط العام لتصرف المريض فى الأعيان: وعلى الجملة لايجوز للمريض مرض الموت إذا كان مدينا أن يتصرف فى أمواله تصرفا ينقص منها إذا كان هذا التصرف يضر بدائنيه فلا يجوز له أن يهب شيئا، ولا أن يقفه، ولا أن يحابى فى المعاوضة فلا يبيع بغبن ولايشترى بأكثر من ثمن المثل ولا أن يوصى

---

(١) وعلى ذلك إذا باع مريض مدين بدين يوازى أملاكه فى القيمة دارا له بألف جنيه وكانت تساوى ألفا ومائتين فإن البيع يكون موقوفا ولاينفذ إلا فى الأحوال الآتية:

١ ـ أن يبرئ جميع الدائنين الميت من ديونهم.

٢ ـ أن يتنازلوا عن ٦٠٠ جنيه من ديونهم، ليكون الغبن وهو مائتان ثلث الباقى بعد الدين لدى الوفاة حتى يتوافر للورثة حقهم وهو الثلثان، فإن تنازلوا عن أقل من ذلك احتجنا إلى إجازة الورثة فيما يزيد على الثلث الباقى عند الوفاة.

٣ ـ أن يتبرع شخص بسداد ٦٠٠ جنيه من ديونهم للعلة السابقة فإذا تبرع بأقل احتجنا إلى إجازة الورثة،

٤ ـ أن يتملك مالا جديدا يخرج الغبن من ثلثه عند الوفاة.

٥ ـ وكذلك ينفذ إذا ما كمل المشترى الثمن إلى ثمن المثل لارتفاع الغبن حينئذ فإذا زاد الثمن مائتى جنيه نفذ البيع.

(٢) خلافا لمن يجعل المنفعة من الأموال كالشافعية والحنابلة فإنهم يجعلون التصرف فيها كالتصرف فى الأعيان. راجع نهاية المحتاج وكشاف القناع فى كتاب الإفلاس.

بشيء من أمواله متى كان ذلك ضارا بدائنيه، فإن فعل شيئاً من ذلك كان تصرفه نافذا حال حياته؛ لأنه تصرف صادر من أهله فى محله، ولم يتحقق أن المرض مرض موت؛ لأن ذلك لايعلم إلا باتصال الموت به، فيستمر نافذا إلى وفاته، فإذا توفى تأكدنا أن المرض كان مرض موت، وأن المريض تصرف فى مال تعلق به حق الدائن، وحق الدائن مقدم. فإن كان الدين مستغرقا اعتبرت تلك التصرفات موقوفة من حين صدورها، مراعاة لحق الدائنين، فإن أبرأوا المدين من ديونهم ظهر حق الورثة فى ثلثي ماترك، فينفذ من تلك التصرفات بقدر الثلث، وهو ما أعطاه له الشارع، وتتوقف فى الثلثين على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت، وإن رفضوها بطلت، وإن لم يبرئ الدائنون المتوفى وطالبوا بسداد ديونهم بطلت تلك التصرفات جميعها من حين صدورها[1]. وإن كان الدين غير مستغرق، وقد بقى من مال المريض مايفى بالديون جميعها سددت منه الديون، ثم رجعنا إلى مايبقى بعد ذلك، فإن كان ضعف المتبرع به أو يزيد نفذت جميع تبرعاته فاستمرت نافذة من وقت صدورها. وإن كان أقل أبطلنا من تبرعه حتى يكون مايبقى للورثة ضعف ما أبقينا من التبرع، وكان ذلك الإبطال من وقت مباشرة المريض لها. وإن لم يبق من ماله مايفى بديونه دفع أولا فى ديونه مابقى من تركته، ثم استرد من تبرعاته مايفى ببقية ديونه بعد إبطاله من وقت صدوره، ولو أدى ذلك إلى استغراقها، مادام الدائنون قائمين على سداد ديونهم، فإن سددت وبقي بعد ذلك شيء من التبرعات كان للورثة أن يبطلوا ثلثيه ويتملكوهما حتى لايكون للمتبرع لهم إلا نصف ما للورثة، كما يكون لهم حق الإجازة فينفذ مابقى من تبرعات المتوفى بعد سداد الديون.

حـ - حقوق الموصى له والورثة : ويلى حقوق الدائنين حقوق الموصى لهم ومن فى حكمهم وحقوق الورثة، وهم فى درجة واحدة [2]، غير أن حقوق الموصى لهم ومن فى حكمهم تتعلق بثلث الباقى بعد سداد الدين شائعا فى التركة

(١) راجع كشف الأسرار ونور الأنوار في المرض من عوارض الأهلية.

(٢) حق الموصى له وحق الوارث يكونان فى درجة واحدة، إذا كانت الوصية بجزء شائع فى التركة كخمسها أو ربعها، أو كانت وصية مرسلة بمقدار من المال كالوصية بألف جنيه، أو بما يحصل عليه بالمال كالوصية لفلان بشاة وليس فى التركة غنم وكالوصية بأن يشترى لفلان سيارة. وأما إذا كانت الوصية بعين معينة كالوصية بهذه الدار أو كانت بجزء شائع من عين معينة كالوصية بثلث هذا القمح فإن حق الموصى له يتقدم حق الورثة فى تلك العين فلا يكون لهم منها شيء إلا بعد استيفاء الموصى له حقه منها مادامت الوصية نافذة مستوفية شرائطها حتى إذا هلك شيء من القمح لم يؤثر ذلك فى مقدار ما أوصى به منه وكان الهلاك على التركة وحدها دون الوصية وفى هذا تفصيل يرجع إليه فى محله من الوصية.

وحقوق الورثة تتعلق بثلثى الباقى، ولذا كانت التركة بعد سداد الدين مقسومة بينهم: للموصى لهم ومن فى حكمهم حقوقهم لاتتجاوز ثلث الباقى إلا برضا الورثة، وللورثة مايبقى بعد ذلك. ولهذا إذا تجاوزت الوصية أو التبرع فى مرض الموت ثلث مايتركه المتوفى بعد سداد الدين كان نفاذ الزائد على الثلث متوقفا على إجازة الورثة، فإن أجازوا بعد الموت نفذ ذلك من وقت نفاذه وإلا بطل.

تعلق الحقوق بمالية التركة وصورتها: وتعلق حق الورثة بمال المريض يعتبر متعلقا بماليته بالنسبة للأجانب عنهم، ولذا لم يكن لهم حق الاعتراض على المريض إذا ما باع لأجنبى شيئا من ماله بمثل قيمته، وكذلك الحكم عند الصاحبين بالنسبة إلى الورثة بعضهم مع بعض.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن حقهم بالنسبة إلى بعضهم مع بعض يتعلق كذلك بصورة المال وعينه، فليس للمريض أن يؤثر بعين منه وارثا دون وارث ولو بقيمتها. ومعنى ذلك أن المريض إذا باع بعض أمواله لبعض ورثته بمثل القيمة أو أكثر منها توقف نفاذ ذلك على إجازة بقية الورثة بعد الموت، فإن أجازوا البيع نفذ وإلا بطل؛ حتى لايخص وارث بخيار أعيان التركة على أى وجه بدون رضا الباقين (١).

(د) إقرار المريض: ذلك مايتعلق بتبرع المريض فى مرض موته أو بمحاباته فى تصرفاته المالية. فأما إقراره بدين، فإن كان لأجنبي كان صحيحا نافذا، غير أن الدين الثابت به فقط ـ وإن كان بإقرار كتابى ـ دون أي مثبت آخر يكون مؤخر عن غيره من الديون، ويسمى هذا الدين **بدين المرض**، ويسمى ماسواه بدين الصحة إن ثبت حال الصحة، أو ملحقا به إن ثبت حال المرض.

وعلى ذلك فديون الصحة هى الديون الثابتة بأية حجة فى حال الصحة ويلحق بها فى الحكم كل دين يثبت فى حال المرض بحجة تتعدى، وكذا ماباشر المريض سببه حال مرضه عن مشاهدة وعيان. أما دين المرض فهو الدين الثابت بالإقرار وحده حال المرض ولو كتابة.

---

(١) وبناء على أن قانون الوصية أجاز الوصية للوارث فى حدود الثلث يجوز من باب أولى أن يبيع المورث بعض تركته لبعض ورثته وإن كان فيه غبن بشرط أن يسعه الثلث.

ويؤدى أولا من التركة ديون الصحة، فإن بقى شىء بعدها كان لديون المرض. ثم مايبقى بعد ديون المرض يكون للموصى لهم والورثة على مابيناه.

وإن كان الإقرار لوارث فلا ينفذ إلا بتصديق جميع الورثة حتى لايكون الإقرار وسيلة إلى إيثار أحد الورثة بمال. وإلى هذا ذهب أحمد [١]، وذهب الشافعى إلى أن إقرار المريض صحيح نافذ سواء أكان لوارث أم لأجنبى، فلا فرق عنده بين دين يثبت فى المرض ودين آخر أيا كان طريق إثباته، ولا فرق بينهما فى القوة وطريقة السداد.

ورأى مالك أن كل إقرار تلابسه التهمة وتدل الدلائل على أن الغرض منه التبرع يأخذ حكم التبرع. سواء أكان لوارث أم لأجنبى. وذلك خير الآراء عندى.

والوارث الذى لايصح الإقرار له إلا بتصديق بقية الورثة هو من قام به سبب الإرث عند الإقرار وورث فعلا عند الوفاة [٢]، فإذا أقر لأجنبية ثم تزوجها ثم مات نفذ إقراره؛ لأن سبب إرثها وهو الزوجية لم يكن قائما وقت الإقرار، ولو أقر لأخيه وقت المرض، ولم يكن له ابن ثم ولد له ابن ثم مات نفذ إقراره؛ لأن الأخ لم يرث فعلا عند الوفاة بسبب وجود الابن، ولو أقر لأخيه فى المرض وله ابن ثم توفى الابن، ثم توفى المريض فورث الأخ لم يصدق فى إقراره له إلا إذا صدقه سائر الورثة؛ لأن سبب الإرث وهو الأخوة كان موجودا عند الإقرار، وقد ورث فعلا عند الموت.

وقال أحمد بن حنبل : الوارث هو من يرث عند الإقرار لو أن المريض قد توفى ساعته سواء أورث عند الوفاة أم لا، وهذا أوجه لأن التهمة لاتتحقق إلا على هذا الأساس [٣].

---

(١) راجع الكشاف «ج٤ ص٢٩٣» ومنه تفهم أن إقراره للأجنبى حال مرضه كإقراره له حال صحته، ولكن لايستوى الدينان بل يقدم غرماء الصحة فى الاستيفاء على غرماء المرض كما ذهب الحنفية. ويلاحظ أن قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ سوى بين الوصية للوارث والوصية للأجنبى فى الحكم فأجازت المادة ٣٧ منه الوصية لكلٍّ منهما فى حدود الثلث كالإقرار للأجنبى فينفذ ويسدد بعد دين الصحة لأن التبرع له فى حدود الثلث نافذ فانعدمت العلة فى توقف الإقرار له على تصديق الورثة. أما إذا كان الإقرار له بدين يتجاوز الثلث فالظاهر أنه لاينفذ فيما زاد على الثلث إلا بتصديق الورثة لأن تبرعه له مقيد بالثلث فتتحقق العلة فيما زاد، وعلى ذلك يتوقف على تصديق الورثة.

(٢) أى مع ملاحظة عدم انقطاع وراثته فيما بين الإقرار والوفاة فإن انقطعت بسبب من الأسباب كالبينونة للزوجة ثم عادت بسبب زواج جديد صح الإقرار عند محمد وأبي يوسف فى قوله الأخير. زيلعى «ج٥ ص٢٦».

(٣) راجع الكشاف «ج٤ ص٢٩٥».

خلاصة الباب

الأهليـة : الأهلية نوعان: أهلية وجوب، وأهلية أداء. فأهلية الوجوب هى صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق على غـيره فيطالِب بها، وتجب عليه واجبات لغيـره فيطالَب بها، ولا تثـبت إلا للإنسان الحى، فـتثبت للصـغير والكبـير على السواء، وتنتهى بالوفاة، ولاتبقى بعدها إلا لضرورة وجود دين على المتوفى فتعتبر باقية إلى أن يسدد تركته، فبقاؤها حينئذ بقدر الضرورة.

وهى نوعان:

(١) أهلية وجوب قاصرة، وتثـبت للجنين إذا لازمته الحياة إلى حين ولادته حيا، فإن ولد مـيتا ظهر أن لم تكن له أهلية، وقصورها من حيـث صلاحيته لأن تثبت له حقوق بـسبب الميراث من غيره أو الوصية له أو الوقـف عليه فقط، وعدم صلاحيتـه لأن تجب عليه حقوق، لأنه لاعبـارة له، ولا ولاية لأحد عليه فى هذا الطور.

(٢) وأهلية وجـوب كاملة، وتثبت للإنسـان من وقت ولادته حيـا، فيكون صالحـا لأن يطالِب ويطالَب بواسطة من له الولاية عليـه إلى أن يبلغ فيـقوم بذلك بنفسه، وهذه الأهلية أثر من آثار الذمة، وهى وصف شرعى يصير به الإنسان أهلا للوجوب له وللوجوب عليه، وليس لهذا النوع من الأهلية أثر فى إنشاء العقود.

وأهلية الأداء هى صلاحية الإنسان لأن يلتزم بعبارته، فينشئ مع غيره عقودا يلتزم بآثارها ويكتسب بها حقوقا، ومناطها التميز، والمراد به معرفة معانى الألفاظ التى تنشأ بها العـقود، والعلم بآثار تلك العقود، والغبن فيهـا من فاحش ويسير. ولايعتبر هذا التميز إلا لمن بلغ السابعة من عمره. وهذه الأهلية نوعان:

(١) أهلية قـاصرة، وتثبت للصـبى المميز الـذى أتم سبع سنوات إلى وقت بلوغه عند الإمام، وإلى وقت بلوغه رشيدا عند صاحبيه.

(٢) وأهلية أداء كاملة، وتثبت للإنسـان من وقت بلوغه أو من وقت بلوغه رشيدا على الخلاف فى ذلك.

وقد يطرأ على الإنسان بعد ذلك ما يؤثر فى أهليته فيعدمها كالجنون والعته، أو ينقصها كالعته مع التمييز. وبناء على ماتقدم فالإنسان عندما يكون جنينا لاتثبت له إلا أهلية وجوب قاصـرة، فإذا ولد حيا تثبت له أهلية وجـوب كاملة، فإذا بلغ

السابعة مميزا تثبت له مع ذلك أهلية أداء قاصرة، فصارت عبارته صالحة لإنشاء العقود فى الجملة، فإن كانت عقودا نافعة كالهبة له والوصية صح أن يباشرها بعبارته، دون حاجة إلى موافقة من له الولاية عليه، فيقبل الهبة والوصية والكفالة، ولايردها. وإن كانت ضارة له ضررا محضا كالتبرعات والإسقاطات لم يكن له أن ينشئها بعبارته، فإذا باشرها كانت باطلة وإن أجازها وليه، إذ ليس لوليه إنشاؤها استقلالا، فلا يكون له إجازتها، وإن كانت دائرة بين النفع والضرر كعقود المعاوضات المالية والزواج كانت عبارته صالحة لإنشائها، ولكنها تتوقف على إجازة وليه؛ لأنها فى هذه الحال وليدة إرادة ناقصة وتمييز ضعيف، فلابد أن ينضم إليها موافقة وليه حتى تتبين مصلحته فيها، ولذا لاتنفذ بإجازة وليه إلا إذا كانت محتملة النفع أو الضرر، أما إذا تعينت للضرر كالبيع بغبن فاحش فلا تنفذ وإن أجازها الولى.

وتستمر هذه الأحكام إلى بلوغ الصبى، فإذا بلغ كان مطلقا فى جميع تصرفاته، وباشر كل العقود بعبارته، وكانت أهلية أدائه كاملة عند الإمام، واشترط الصاحبان لذلك أن يبلغ رشيدا وإلا استمرت أهلية أدائه ناقصة. ولاتثبت له أهلية الأداء الكاملة عندهم إلا إذا رشد.

وإذا جن بعد ذلك زالت أهلية أدائه مادام مجنونا، فإذا أفاق عادت، وإذا عته فإن ذهب العته بكل تمييزه فحكمه حكم المجنون، وإن أبقى على شىء منه بقيت له أهلية أداء ناقصة، وفى حكم المجنون النائم وقت نومه، والمغمى عليه وقت الإغماء، والسكران بسبب مباح وقت سكره، من حيث إنشاء العقود، فليس لهؤلاء عبارة صالحة عند ذلك، وأما السكران بمحرم فمن العلماء من جعل عبارته صالحة لإنشاء العقود، زجرا وتغليظا عليه، وهم الجمهور، ومنهم من لم يفرق بين الحالين.

السفيه: السفه إتلاف المال فيما لايرضاه العقلاء من ذوى الحكمة والدين، ولا يراه الإمام موجبا للحجر، فالسفيه كالرشيد عنده إذا تصرف وتعاقد، ويراه غيره موجبا للحجر محافظة على ماله.

وتحقق السفه كاف فى الحجر عليه عند محمد، وزواله كاف فى ارتفاعه، وعند أبى يوسف لايثبت الحجر ولايرتفع إلا بالقضاء، سواء أطرأ عليه السفه بعد

البلوغ أم بلغ سفيها [1] . فهو قبل القضاء عليه بالحجر كالرشيد، ولا يعود كالرشيد إلا بالقضاء برفع الحجر.

وحكمه حكم الصبى المميز إلا فيما يأتى:

(١) يصح منه نكاحه ورجعته وطلاقه وعتاقه، وإذا سمى مهرا لم يزد مايلزمه على مهر مثل من تزوجها.

(٢) يصح منه وقف ماله على نفسه، وعلى أولاده وذريته من بعده؛ لأن فى ذلك محافظة على ماله.

(٣) تصح منه الوصية فى سبل الخير؛ لأنها عبادة وهو أهل لها.

الغفلة: المغفل من لايهتدى إلى خيره فى البياعات ويسهل خداعه، وحكمه حكم السفيه فى كل ماذكرنا.

الدين: لايرى الإمام الحجر بسبب الدين، ويراه الصاحبان، ولايثبت عندهما إلا بالقضاء ولايقضى عليه إلا إذا كان الدين مستغرقا لماله، ولايتناول الحجر إلا ماكان يملكه عند القضاء به، أما مايملكه بعد ذلك بأى سبب فلا يحجر عليه فيه إلا بقضاء جديد. وإذا حجر على الشخص للدين منع من كل تصرف يضر بحقوق دائنيه، فإذا تبرع كان تبرعه موقوفا على إجازتهم أو على امتلاكه مالا آخر يسع تبرعه أو على إبرائه من الدين.

مرض الموت: هو مايتوافر فيه أمران: غلبة الهلاك عادة، واتصال الموت به، سواء أكان ذلك الموت بسببه أم بسبب آخر، ويلحق بمرض الموت جميع الأحوال التي ينتظر لأصحابها الموت فيها غالبا، كمن قدم لقتل أو أشرف على الغرق بتكسر السفينة مثلا. وإذا تطاول المرض فوقف سنة اعتبر المريض صحيحا، ولايعود اعتباره مريضا إلا إذا زاد المرض.

وفى حال مرض الموت يتعلق بمال المريض حق الدائنين ليستوفوا منه ديونهم، وحق الورثة ليخلص لهم تملك ثلثى ماله بعد وفاء الديون، أما الثلث، فقد جعله الشارع من حقه لينفقه فيما يرى من قربات وصلات.

وتعلق حقوق الدائنين إنما هو بمالية التركة؛ ولذا كان الاعتبار بقيمتها المالية، وكان كل تصرف لا يمس قيمتها المالية تصرفا نافذا، كالبيع والشراء بمثل القيمة

---

(١) راجع حاشية الشلبى على تبيين الحقائق ج٥ ص ١٩٤.

وكالتصرفات فى جميع منافع الأعيان كالإجارة والمضاربة والإعارة والشركة، أما إذا مس قيمتها المالية كالهبة والمحاباة فى الثمن فإنه يكون نافذا حال الحياة، لعدم التحقق من أن المرض مرض موت، فإذا جاءت الوفاة توقف فى قدر مايمس حقوق الدائنين، ويعتبر هذا من وقت صدوره لظهور أنه قد مس حقوقهم من ذلك التاريخ، ويتوقف على إبرائهم. فإن أبطلوه بطل من وقت صدوره، وإن أبرءوا من ديونهم نفذ.

ويكون هذا التصرف ماسا إذا كان مايبقى من مال الميت عند الوفاة لايفى بديون الدائنين. أما إذا كان يفى بديونهم فلا يتوقف التصرف حينئذ على إبرائهم لأنه لايمس حقوقهم، وإنما ينظر عند ذلك إلى ما للورثة من حقوق، فإن كان مافى التصرف من غبن أو تبرع لايزيد على نصف الباقى من التركة للورثة نفذ، لأنه لايمس كذلك حقوق الورثة، وإن زاد توقف التصرف فى مقدار الزائد على إجازة الورثة بعد الوفاة وهم أهل للتبرع، فإن أجازه نفذ، وإن أبطلوه بطل من وقت صدوره.

وتعلق حق الوارث بمال المريض يعتبر تعلقا بماليته بالنسبة إلى تصرفه مع الأجانب عنه اتفاقا، أما إذا تصرف مع وارث من ورثته فكذلك الحكم عند الصاحبين، وخالفهما الإمام، فذهب إلى أنه فى هذه الحال يتعلق بصورته، فليس للمريض أن يبيع بعض ماله لوارث له وإن كان بمثل القيمة إلا بإجازة بقية الورثة.

وتعلق حقوق الدائنين والورثة لايمنع ما للمريض من حق فى ماله، فيأكل منه ويعالج نفسه وينفق على أقاربه ويتزوج بمهر المثل، وتعتبر الزيادة عليه تبرعا.

وإقرار المريض فى مرض موته لأجنبى عنه صحيح، وإن استغرق كل ماله، غير أن الدين الثابت به فقط دون غيره من الحجج يعتبر دين مرض، فيؤخر عن غيره عند وفاء الديون من التركة، ويسمى بدين المرض، وإن كان الإقرار لوارث لم ينفذ إلا بتصديق جميع الورثة حتى لايتخذ الإقرار وسيلة إلى التبرع للورثة.

ويعتبر الشخص وارثا إذا قام به سبب الميراث عند الإقرار وورث فعلا عند الوفاة، أما إذا لم يقم به سبب الميراث عند الإقرار، ثم حدث بعد ذلك وورث فعلا عند الوفاة، فإنه يعتبر أجنبيا، وكذلك إذا قام به سبب الميراث عند الإقرار، ولكنه حجب بحاجب، فلم يرث عند الوفاة لم يعتبر وارثا.

باب الولاية

معناها اللغوى: الولاية - بفتح الواو وكسرها - مصدر الفعل «ولى» يقال: ولى الشىء يليه وولى عليه إذا ملك أمره وكان له القيام عليه، وكذلك إذا قام به، فهو وليه وولى عليه فهو وال، ومن هذا أخذ الاستعمال الشرعى.

معنى الولاية شرعا : يريد الشرعيون بها أن يكون للعاقد سلطة شرعية فى مباشرة عقده وتوليه، وإن شئت قلت: أن يكون له سلطة شرعية ينفذ بها عقد صاحبها وتصرفه شرعا فتترتب عليهما آثارهما الشرعية.

علاقتها بالعقود: وقد علمت مما مضى أن وجود العقد ونفاذه يتوقف على مايتوافر فى عاقده من الأهلية والولاية وشرحنا لك معنى الأهلية، وبيّنّا أنها نوعان، وأن المتصل منها بإنشاء العقود أحدهما وهو أهلية الأداء، وأن عليها تتوقف صلاحية عبارة العاقد لإنشاء العقد ووجوده فقط، ونريد الآن أن نبين لك أن نفاذ العقود لايتوقف على أهلية عاقديها فقط، فإنها قد تكون كاملة فى العاقد ولاينفذ عقده؛ لأنه لا ولاية له عليه، وإذن فالنفاذ يتوقف على وجود العنصرين معا: أهلية الأداء والولاية؛ وذلك لأن نفاذ العقد ثمرة من ثمرات وجوده، ووجوده يتوقف على أهلية الأداء، فكان نفاذه كذلك متوقفا عليها، ولكنه لايتحقق مع ذلك إلا بتحقق الولاية. وإن شئت قلت: إلا بتحقق هذه السلطة الشرعية.

أنواعها: وهذه السلطة قد تكون ذاتية ترجع إلى ماقرره الشارع من إلزام الملتزم بما التزم به فى أمر نفسه بمثل قوله تعالى فى أول سورة المائدة : ﴿ **ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾ وفى سورة الإسراء ٣٤: ﴿**وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا**﴾ وفى أول سورة الصف: ﴿**كبر مقتا عند الله أن تقولوا مالا تفعلون**﴾ ومثل هذه الأدلة كثير فى الكتاب والسنة، وهذه هى ولاية الإنسان على نفسه، فله عند كمال أهليته الولاية التامة على شئونه مالية أو غير مالية، فجميع عقوده وتصرفاته نافذة فى حق نفسه إلا إذا كان يترتب عليها ضرر بحق الغير فيحد منها بقدر مايدفع ذلك الضرر كما سيتضح فيما بعد.

وقد تثبت هذه السلطة لشخص بسبب أمر عارض جعله الشارع علة وسببا لثبوتها، وفى هذه الحال قد تكون أصلية وقد تكون نيابية.

فتكون أصلية إذا ثبتت بسبب الأبوة كولاية الأب أو أبى الأب «الجد». فإنها لم تثبت لهما إلا بسبب أمر عارض. وهو ولادة المولى عليه «الصغير» لهما. وهى مع ذلك ولاية أصلية[1]، فإذا باشرا أمور الصغير باشراها بأهليتهما وولايتهما لانيابة عن غيرهما من قاض أو أى شخص استمد منه هذه الولاية.

وتكون نيابة إذا ثبتت باستمداد من شخص آخر، وذلك كولاية الوصى سواء أكان وصيا من قبل الأب أم من قبل الجد أم من قبل القاضى، وكولاية الوكيل وولاية الإمام[2] والقاضى. فإن الموصى يستمد ولايته ممن أقامه سواء أكان أبا أم جدا أم قاضيا ، ولذا تختلف ولايته تبعا لاختلاف ولاية من استمد منه، وكذلك الوكيل يستمد ولايته من موكله، كما سنبين ذلك فيما يأتى، ويلحق به الرسول. وكذلك الإمام والقاضى يستمدان ولايتهما من المسلمين، فكلاهما معتبر نائبا عنهم[3].

الولاية على النفس: الولاية نوعان: ولاية على النفس، وولاية على المال. فالولاية على النفس هى التي تتعلق بنفس المولى من ناحية تعليمه والقيام عليه من ضم وحياطة وتربية وتزويج، وعليها يتوقف نفاذ ما يتعلق بذلك من العقود التى يباشرها الولى، كعقد تزويجه المولى عليه، ولسنا الآن بصدد بيان أحكامها، وتعداد من تثبت لهم من الأقارب لأننا فى موضوع المال والتصرف فيه.

والولاية على المال تختلف أحكامها باختلاف المولى عليه، فإن كان صغيرا دون البلوغ كانت لأبيه ابتداء، ثم من بعده لوصيه. ثم لوصى وصيه وهكذا، فإذا لم يكن أحد من هؤلاء انتقلت إلى جده (أبى أبيه) وإن علا الأقرب فالأقرب، ثم

---

(١) ولذا لايملك كل منهما عزل نفسه منها، راجع الأشباه «ج٢ ص١٩٢».

(٢) إذا تصرف الإمام فى شئون المسلمين أيكون ذلك من قبيل الوكالة عنهم أم من قبيل الولاية عليهم؟ قولان عند الحنابلة ذكرهما ابن رجب فى قواعده، وعلى القول بوكالته لاينعزل بموت أحد، لأنه وكيل عن الجميع، لا عن الميت فقط، بل ولا عن أهل البيعة وحدهم.

(٣) راجع البدائع «ج٥ ص١٥٢».

من بعده لوصيه، ثم من بعده لوصى وصيه[1]. وهكذا، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء انتقلت الولاية إلى القاضى أو لوصيه الذى يقيمه لذلك [2].

وقد حل محل القاضى الآن المجلس الحسبى [3].

وإن كان المولى عليه مجنونا أو معتوها، وقد بلغ كذلك استمرت ولاية من كان وليا عليه من أب أو جد أو وصى [4]، وإن أصابه الجنون أو العته بعد البلوغ وزوال ولاية هؤلاء فرأيان: أحدهما، وهو الراجح أن الولاية تعود إليهم على الترتيب السابق استحسانا، والثانى أنها لاتعود ـ وهو القياس ـ وإنما تكون للقاضى أو للقيم الذى يقيمه عليه، ونسب بعضهم هذا القول إلى أبى يوسف. والقول

---

(١) راجع الدر المختار من باب الحجر وحاشية ابن عابدين عليه «ج٥ ص٢٢» وإذا اجتمع للصغير جدان أحدهما أعلى من الآخر فأوصى الأقرب أى الأدنى منهما كان وصيه مقدما على الجد الأعلى كما قدم وصى الأب على الجد. هذا مايظهر لى ولم أجد ماينافضه.

(٢) والحكمة فى إثبات الولاية لهؤلاء مايرجى منهم من صلاح النظر وحسن الاختيار والتقدير إذا ماتصرفوا، ذلك لما توافر فيهم من وسائل الحب والرحمة، فالأب والجد لقرابتهما المستوجبة للحب وكمال الشفقة، ووصيهما هو مختارهما ومحل ثقتهما فكان فى منزلتهما، والقاضى لما اختص به من كمال العلم وحسن التدبير ولما اضطلع به من المسئولية، وفى حكمه وصيه لأنه تحت مراقبته ونظره، ولذا كان ترتيبهم فى الولاية على حسب ترتيبهم فيما يرجى منهم من المصلحة للمولى عليه. راجع البدائع «ج٥ص١٥٢».

(٣) وذهب أحمد ومالك إلى أن الولاية على الصغير للأب ثم لوصيه ثم للحاكم ومن يقيمه ويسمى عند المالكية بالمقدم ولا ولاية للجد وغيره من الأقرباء إلا بوصاية. كشاف القناع «٢ص٢٢٣» والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه.

وذهب الشافعى إلى أن الولاية أولا للأب، ثم من بعده للجد، ثم من بعدهما لوصيهما وهو وصى من مات منهما أخيرا، ثم للحاكم ووصيه. نهاية المحتاج «ج٤ ص٣٦٢».

(٤) إذا بلغ الصغير معتوها أو مجنونا استمرت ولاية من كان وليا عليه حال صغره عند الحنفية والحنابلة والشافعية والمالكية. وكذلك الحكم إذا بلغ سفيها عندهم ما عدا الحنفية فإنه على القول المفتى به فى مذهبهم لابد من القضاء عليه بالحجر ليصير محجورا عليه وهو قول أبى يوسف، وعندئذ تكون الولاية لمن يقيمه القاضى، ولكن إذا بلغ رشيدا ثم أصابه الجنون أو العته كانت الولاية عليه للقاضى عند الحنابلة والمالكية، وعند الحنفية والشافعية قولان : (قيل تكون الولاية عليه للقاضى ولاتعود ولاية أبيه عليه، وقيل: تعود والراجح عندهم عودها). راجع كشاف القناع «ج٢ ص٢٢٦» ونهاية المحتاج «ج٤ص٣٤٤، ٣٥٤» والشرح الكبير للدردير «ج٣ص٣٠٠». وحاشية الشلبى على الزيلعى «ج٥ ص١٩٤».

بعودها إلى محمد، وقيل: بل عودها قول الثلاثة وعدم عودها قول زفر[1].

وإن كان المولى عليه سفيها أو ذا غفلة فالولاية عليه للقاضى أو لقيمه الذى يقيمه عليه وليس لأبيه ولا لجده ولا لوصيهما ولاية عليه [2]؛ ذلك لأنه حجر عليه مراعاة لمصلحته ومحافظة على ماله لا لنقص فى أهليته، والنظر فى صلاح الأمور عند ثبوت الأهلية للحاكم لا لغيره.

وأما من عدا هؤلاء من المدينين والمرضى بمرض الموت والنائمين والمغمى عليهم والسكارى بسبب هو حلال، فليس لأحد ولاية عليهم، بل الولاية لهم، فيجب أن ينتظر زمن إفاقتهم عند الحاجة إلى العقد أو التصرف.

حكم العقد مع ثبوت الولاية: إذا صدر العقد من عاقد توافرت فيه أهلية الأداء وولاية إصداره كان نافذا فتترتب عليه جميع آثاره الشرعية. وليس لأحد حق الاعتراض على ذلك إلا أن يكون شخصا أضر به العقد فمنعه حقا ثابتا له، فيكون له عند ذلك حق الاعتراض، ويكون العقد لذلك موقوفا، كما إذا باع المالك عينا مستأجرة قبل انتهاء مدة إجارتها، أو عينا مرهونة لاتزال فى يد المرتهن لبقاء الدين، ففى هذه الحال يتوقف العقد على إجازة المستأجر فى الصورة الأولى، وعلى إجازة المرتهن فى الصورة الثانية، محافظة على حق كل منهما الثابت قبل العقد، فإذا أجيز نفذ، كما ينفذ كذلك بانتهاء عقد الإجارة فى الصورة الأولى، وبزوال الدين فى الصورة الثانية لانتهاء ما أوجب وقفه. ومثل هذا فى الحكم تصرف المريض مرض الموت إذا أضر التصرف بدائنه أو بوارثه[3] وتصرف المحجور عليه بسبب الدين إذا أضر بدائنه. فإن تصرفه يتوقف كذلك على الإجازة من صاحب الحق، أو على زوال هذا الضرر بأى سبب من الأسباب، كأن يكون التصرف الضار بيعا مع الغبن فيرتفع الغبن بزيادة الثمن من قبل المشترى، وقد تقدم مثل هذا عند كلامنا على تصرف المريض مرض الموت.

وأما إذا صدر العقد ممن ليس له أهلية أداء، فقد علمت أنه يصدر باطلا، وذلك كعقود المجنون والصبى الذى لايميز. وإن صدر من ذى أهلية أداء ناقصة أو ممن ألحق به كالسفيه وذى الغفلة عند الصاحبين، فإن حكمه يختلف باختلاف نوعه، فإن كان ضارا كان باطلا لعدم أهليته بالنسبة له، وإن كان نافعا نفعا محضا

---

(١) راجع ابن عابدين «ج٥ ص١٢٢، ٢٠٤، ٢٠٥» من كتاب الحجر.

(٢) راجع الأشباه والنظائر «ج٢ ص٧٨».

(٣) غير أنه يلاحظ نفاذ التصرف حال الحياة كما تقدم؛ لعدم الجزم بأن المرض مرض موت؛ وإذا توفى المريض توقف ابتداء من وقت مباشرته.

كان نافذا لأهليته وولايته بالنسبة له، وإن كان الشأن فيه أن يكون تارة نافعا وتارة غير نافع كان متوقفا على إجازة صاحب الحق فيها على مافصلناه فيما مضى لثبوت أهليته بالنسبة له وعدم ولاية إصداره.

وعلى ذلك إذا صدر العقد من ذى أهلية أداء كاملة فإن أصدره العاقد لنفسه كان نافذا مادام لم يمس حقا ثابتا من قبل كما ذكرنا لثبوت ولايته على ماله، وإن أصدره لغيره توقف نفاذه على ثبوت ولايته على ذلك الغير، فإن كان له ولاية إصداره عنه شرعا نفذ، وذلك كأن يصدر العقد من الأب أو وصيه أو من الجد أو وصيه أو من القاضى أو من الوكيل، وإن لم يكن له ولاية إصداره عنه توقف على إجازة من له ولاية إصداره فإن أجازه نفذ وإلا بطل، ويسمى عاقده فى هذه الحالة بالفضولى.

عقد الولى: نريد بالولى هنا من له الولاية على مال غيره من أب أو جد أو قاض أو وصى أو قيم أو ناظر وقف أو نحو ذلك، وولايته فى عرف الفقهاء تنفيذ قوله على موليه شاء موليه أم أبى [1]. ولاتثبت له هذه الولاية إلا إذا كان مميزا كما علمت حتى تتحقق فيه أهلية الأداء، وكذا لاتثبت لكافر على مسلم، ولالمسلم على كافر لقوله تعالى فى سورة النساء (١٤١) ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾ [2] وقوله تعالى فى سورة المائدة (٥١) ﴿يا أيها الذين آمنوا

---

(١) راجع رد المحتار «ج٢ ص٣٢١». وراجع الدر المختار «ج٢ص٣٣٩». والفتح «ج٢ ص٤١٢».

(٢) ولهذا اختلفوا فيما إذا أوصى مسلم إلى كافر فجعله وصيا على أولاده. قيل: تصح الوصاية ويكون وصيا، ولكن يجب على القاضى أن يخرجه منها، وقيل: لاتصح ولايكون بها وصيا.

وكذلك اختلفوا فى اشتراط البلوغ لصحة الوصاية، فذهب بعضهم إلى اشتراطه فلا يكون الصبى وصيا أو قيما؛ لأن المولى عليه لايكون وليا على غيره، وقيل إنه ليس بشرط الصحة، ولكن إذا أقيم الصبى وجب على القاضى إخراجه لعدم كفايته، وإذا بلغ قبل أن يخرجه بقى وصيا ولم يخرجه من الوصاية. أما صلاحية من يقام فليست بشرط صحة، ولكن إذا أقيم من لايصلح كان يكون غير أمين وجب إخراجه لذلك قولا واحدا. وفى الاختيار، الأوصياء ثلاثة: أمين قادر صالح لما عهد إليه فيه، ومثله يبقى ولايجوز للقاضى أن يخرجه. وأمين عاجز، ومثله يضم إليه من يكمل نقصه. وفاسق أو كافر أو عبد ومثله يجب عزله وإقامه غيره لأنه لاتصح نيابته، لأنه إنما أوصى إليه اعتمادا على رأيه وأمانته وكفايته، وهؤلاء ليسوا كذلك. أما الكافر فلعداوته الدينية الباعثة على ترك النظر للمسلم. وأما العبد فلتوقف تصرفه على إجازة مولاه وتمكنه من منعه. فلا يكون كافيا، (هـ بتصرف. راجع الاختيار «ج٣ ص١٩٨» والهداية «ج٨ ص٤٩٢» والعناية على الهداية فى ذلك الموضع ورد المحتار «ج٥ ص١٩٥» والبدائع «ج٥ص١٥٣». وقد اشترط قانون المجالس الحسبية رقم ٤٠ سنة ١٩٣١ الا يكون الوصى أو القيم محكوما عليه فى جريمة سرقة أو خيانة أمانة أو نصب أو تزوير أو فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب. أو غير ذلك من الجرائم الماسة بالشرف أو النزاهة، وألا يكون محكوما بإفلاسه إلا أن يحكم برد شرفه إليه. وألا يكون مما قرر الأب حرمانه من الوصاية قبل وفاته بإشهاد شرعى أو بكتابة صادرة بخط يده. راجع المادة (١٨) ولايخرج هذا فى الجملة عن أنه تطبيق لشرط الصلاحية.

لاتتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض﴾ وقوله تعالى فى سورة الأنفال (٧٣) **﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾** وتصرف الولى فى جميع الأموال مقيد بالنظر والمصلحة. لقوله تعالى فى سورة الإسراء (٣٤) **﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن﴾**[(١)] وعلى ذلك فليس له ولاية إنشاء العقود الضارة ضررا محضا كالتبرعات[(٢)] وإذا باشرها كانت باطلة فلا تصححها إجازة بعد ذلك.

أما العقود النافعة كقبوله الهبة عن موليه، وقبوله الوصية له، والكفالة لماله، فهى نافذة إذا باشرها، وكذلك العقود التي يختلف أمرها باختلاف أحوالها، فتتردد لذلك بين النفع والضرر، تنفذ إذا باشرها، وتلزم كذلك إن كان حكمها اللزوم، مالم تتمحض للضرر وإلا كانت باطلة، وهذا إجمال لايغنى عن التفصيل الآتى:

عقد الأب: إذا كان للصغير ومن فى حكمه مال، فالولاية عليه كما علمت لأبيه. فهو الذى يرعاه ويحفظه ويستثمره، وعقده فيه نافذ لازم أو غير لازم على حسب ما للعقد من صفة اللزوم أو عدمه. وعلى هذا فله ولاية بيع مال الصغير ومن فى حكمه، سواء أباعه لأجنبى عنه أم باعه لصغير آخر تحت ولايته، أم باعه لنفسه. وله كذلك ولاية الشراء للصغير ومن فى حكمه، سواء اشترى من أجنبى أم من نفسه، سواء أكان ذلك بمثل القيمة أم بغبن يسير [(٣)]. وله كذلك ولاية

---

(١) فإذا باشر تصرفا ضارا بموليه لم ينفذ عليه وإنما على الولى نفسه إن وجد نفاذا عليه كما فى الشراء والاستجار، وإلا بطل، وعلى هذا الأساس ماجاء فى الهندية عن فتاوى قاضيخان: إن الوصى إذا باع عقارا للصغير قال أبو بكر محمد بن الفضل: إن رأى القاضى نقض البيع خيرا للصغير كان له نقضه، وإذا باع الوصى مال الصغير بأجل فاحش غير معهود لم يجز، وكذلك إذا باعه لشخص بأجل معهود ولكنه معروف بالجحود لم يجز وكذا إذا كان مفلسا يخشى منه عدم الوفاء. راجع الفتاوى الهندية «ج٣ص١٧٤» ومابعدها.

(٢) العقود الضارة التى تصدر باطلة من الأولياء مثل الطلاق والعتاق وكذا الهبة ولو بعوض عند الشيخين، خلافا لمحمد إذ أجاز لهم أن يهبوا بعوض نظرا إلى مافيها من المبادلة تعطى حكمها. وكذلك ليس لهم الصدقة ولا الوصية، واختلف فى العارية فلم يجزها بعضهم لما فيها من معنى التبرع وهو القياس. وعليه عامة العلماء، وأجازها بعضهم نظرا إلى أن المنافع ليست بمال فكانت فى معنى الإيداع وهذا استحسان وكذلك اختلف فى الإقراض فمنعه بعضهم لما فيه من معنى التبرع فى البداية إلا من القاضى نظرا إلى ماله من سلطان يمكنه من الاستيفاء، وأجازه آخرون للأب قياسا على الإبداع، بل هو أولى لما فيه من الضمان خلافا للإبداع، راجع البدائع «ج٥ص١٥٣» وجامع الفصولين «ج٢ص١٢» والفتاوى الهندية «ج٦ ص١٣٦» فى باب مايملكه الوصى. وفى الأشباه. «ج٢ ص١٢٣» لايجوز إبراء الوصى عن دين للصغير إلا إذا كان قد وجب بعقد باشره الوصى. فإن وجب بغير عقده لم يجز، وقال أبو يوسف: لايجوز مطلقا. قال الحموى: وينبغى أنه يفتى به. ويرى أحمد بن حنبل أن للولى الإقراض إن كان فى الإقراض مصلحة للصغير ومن فى حكمه كخوف على المال من متسلط أو من أن يسارع إليه الفساد إذا بقى، أو من ضياعه أو نحو ذلك، وإنما لايجوز له الإقراض لمودة أو مكافأة، وكذلك يجوز للأب عند الحاجة أن يقترض من مال ولده لنفسه، ويجوز للولى الهبة بعوض بشرط الا يقل عن قيمة الموهوب لأن ذلك فى معنى البيع. راجع كشاف القناع «ج٢ص٢٢٥».

(٣) راجع الهندية «ج٣ ص١٧٣ ، ١٧٤» وجامع الفصولين «ج٢ ص١٢» ومابعدها.

استثماره بالتجارة [١] سواء أكان ذلك بالشركة فيه أم بالمضاربة [٢] أم بالبضاعة بنفسه أو بغيره، وكذلك له إجارة مال الصغير، ومن فى حكمه واستئجاره، بل وله إجارة نفس الصغير لعمل. ويكون له الخيار إذا بلغ قبل انتهاء مدة الإجارة، وإجارة نفسه للصغير، وله إعارة الصغير ليتعلم حرفة من الحرف لا لغير ذلك، واختلف الفقهاء فى إعارة ماله وعامتهم على عدم الجواز وهو القياس لما فى الإعارة من معنى التبرع. وله كذلك إيداع أمواله ورهنها لدى الغير فى دين عليه أو على الصغير. وله أن يدفع أرضه مزارعة وشجره مساقاة، كما أن له أن يزارع بنفسه سواء أجعل البذر فى مال الصغير أم فى ماله. وله أن يقبل حوالة دين الصغير إذا كانت على إملاء من المدين كما له أن يقاسم شريك الصغير [٣].

ومما ينبغى ملاحظته أن تصرف الأب مقيد بالنظر والمصلحة كما قدمنا، وأنه إذا تجاوزها لم ينفذ على الصغير ومن فى حكمه، وإن من الآباء من يعرف بالعدالة، ومنهم مستور الحال، ومنهم الفاسق المبذر المتلف [٤]. وعلى ذلك فكل عقد يباشره الأب لموليه يكون باطلا إذا تمحض للضرر، مادام لم يجد نفاذا على الأب، وذلك مثل أن يبيع ماله بغبن فاحش أو يؤجر بغبن فاحش كذلك، أو يبيعه

---

(١) جامع الفصولين «ج٢ص١٣».

(٢) يرى أحمد بن حنبل أن الأب إذا ضارب بنفسه فى مال الصغير جاز، ولكن يكون جميع الربح له دون الأب، ومع ذلك فله أن يدفعه إلى أجنبى ليضارب فيه على أن يكون الربح شركة بينه وبين الصغير، راجع كشاف القناع «ج٢ ص٢٢٤».

(٣) راجع جامع الفصولين «ج٢ ص١٢ ـ ١٥».

(٤) يرى الحنفية أن الأب إذا كان فاسقا مبذرا لم ينفقد ولايته على مال ابنه، وهذا بين عند الإمام لأنه لايقول بالحجر على السفيه، ولكنهم مع ذلك يقيدون تصرفه، فلا ينفذ بيعه ولاشراؤه على موليه إلا إذا تحققت الخيرية. والخيرية بالنسبة للمنقول أن يبيعه بزيادة ٥٠ فى المائة من قيمته فيبيع مايساوى عشرة بخمسة عشر، وأن يشتريه بنقص ٣٣ وثلث فى المائة من قيمته فيشترى مايساوى خمسة عشر بعشرة، وفى العقار أن يبيعه بمثلى قيمته، ومآل ذلك فى الواقع منعه من التصرف لتعذر الوصول إلى ذلك، وعلى كل فلا يلزم من تصرفه إلا ما كان ظاهر المنفعة لموليه. وإذا خيف على المال منه أقام القاضى وصيا يدفع إليه المال ليحفظه، ولاتزول بذلك ولايته. وعند الصاحبين تزول ولاية السفيه على أولاده، ففى الهندية إذا كان الأب مبذرا مسرفا مستحقا للحجر لاتثبت له الولاية على مال ابنه عند من يرى الحجر عليه. راجع جامع الفصولين «ج٢ ص١٥، ١٦» والفتاوى الهندية «ج٣ص١٧٤، ١٧٦ وج٦ص١٤٦» والأشباه والنظائر وحاشية الحموى «ج١ ص٣٦٤» من الفن الثانى. وذهب الشافعى إلى أن الأب ينعزل عن ولاية ابنه بفسقه ويؤخذ المال منه على أوجه القولين، نهاية المحتاج «ج٤ ص٣٦٣».

بأجل بعيد غير معهود ولامتعارف، أو بأجل قريب إلى مفلس أو معروف بالجحود وعدم الوفاء، وخيف منه على الثمن. وأما إذا وجد نفاذا على الأب كشرائه للصغير بغبن فاحش أو استجاره عينا أو أو أجيرا كذلك بغبن فاحش فإنه ينفذ على الأب لا على موليه، فيقع الشراء والاستجار له على أصح القولين[١].

هذا وليس للمجلس الحسبى تدخل عند وجود الأب أو الجد [٢].

عقد وصى الأب

التعريف بالوصى: الوصى هو من يقام مقام غيره لإدارة تركته بعد وفاته، وتدبير شئون الصغار، ومن فى حكمهم من أولاده، فإن أقامه الأب أو الجد سمى بالوصى المختار وإن أقامه القاضى سمى بوصى القاضى [٣].

إقامة الوصى المختار: تكون إقامة الوصى المختار بعقد الإيصاء. وينشأ هذا العقد بإيجاب من الموصى، وقبول من الموصى إليه «الوصى»، فالإيجاب يكون بما يصدره الموصى حال حياته من كل مايفيد إقامة غيره مقامه بعد وفاته، مثل قوله: جعلت فلانا وصيا أو عهدت إليه بمالى وأولادى بعد وفاتى، وهكذا على مابيناه فيما سبق عند كلامنا على صيغة العقد. والقبول يكون بما يصدره الموصى إليه «الوصى» من كل لفظ أو فعل يدل على قبوله الإيصاء إليه. كقوله: قبلت،

---

(١) يرى بعض علماء الحنفية أن العقد يبطل ولا ينفذ إذا ما أضافه إلى الصغير. راجع الفتاوى الهندية «ج٦» من باب تصرف الوصى.

(٢) غير أن ذلك مشروط بعدم الخوف على المال من كل منهما. وإلا كان له حق التدخل تطبيقا للمادة (٢٨) من قانون المجالس الحسبية رقم ٤٠ لسنة ١٩٣١ وهذا نصها «لايجوز الحكم بسلب ما للأولياء الشرعيين من السلطة على الأشخاص المشمولين بولايتهم إلا بناء على طلب النيابة العمومية، وبشرط أن يكون سوء تصرفهم فى أموال المذكورين ملحقا الضرر برأس مالهم نفسه، فإذا رأى المجلس أن عدم الثقة بالولى لا يبلغ درجة تبرر سلب جميع سلطته على تلك الأموال فله أن يحظر عليه إجراء كل التصرفات المبينة بالمادة (٢١) أو بعضها بدون إذن خاص. ا.هـ. وسيأتى نص تلك المادة فى الكلام على الوصى. وهذا التشريع يكاد يتفق مع مذهب الشافعى الذى بيناه،وهو مع ذلك لايتنافى مع روح القواعد الشرعية العامة التى وضعها الحنفية للمحافظة على أموال الصغار، وفى رأيى أنه الوسيلة لحفظ مال الصغير عند الخوف عليه من أبيه أو جده.

(٣) ليس من اختصاص القاضى الآن إقامة الأوصياء وإنما جعل ذلك من اختصاص المجالس الحسبية بمقتضى المادة ١٦ من قانونها رقم ٤٠ سنة ١٩٣١. وقد صدر أخيرًا قانون بإنشاء المحاكم الحسبية فحل محل هذا القانون.

وكمباشرته شـأنا من شئون أولاد الموصى بعد وفاته (١) وعلى هذا فقبول الموصى إليه لا يتقيد بمجلس الإيجاب، بل يصح أن يكون بعده، حال حياة الموصى أو بعد وفاته، وإذا وجد حال حياته لم يتم الإيصاء إلا عند الوفاة. فلا يكون الموصى إليه وصيـا إلا من وقت وفاة الموصى (٢)، وبمقتضى قانون المجـالس الحسبية رقم ٤٠ سنة ١٩٣١م يجب أن يعرض أمـر تعيين الوصى المختار فى ظرف ثمـانية أيام من تاريخ إبلاغ الوفاة على المجلس الحسبى لينظر فى تثبيـته فى الوصاية بعد بحثه أمر كفـايته، فإن لم يجده صـالحا عين وصيا مـن قبله بدلا عنه «راجع المادة ٣ والمادة ١٦»، ومقتضى ذلك أن الوصى المختار لايصـير وصيا فى نظر القانون إلا إذا أقره المجلس، وإن تعيين الأب أو الجد له لايعدو أن يكون مجرد ترشيح، وإلا لم يكن للقانون فـائدة، ولم أجد لذلك سندا فـقهيـا إلا إذا اعتبـرنا عدم إقراره من قـبيل العزل. ولكن ذلك المعنى بعيد عن لفظ القانون.

تخصيص الوصى المختار : وإذا خصص الأب أو الجد من أقامه وصيا بعمل من الأعمال ، فـقـال له : جعلتك وصيا فى قـضاء ديونى أو على أموالى فى بلد

---

(١) قبول الموصى له حال الحـياة يكون باللفظ، وبعد الوفاة يكون باللفظ وبالفعل، وذلك بقـيامه بعمل من أعمال الوصى. وإذا قام بعمل بعـد الوفاة اعتبر قابلا وإن لم يعلم بالوصاية إليه بخـلاف الوكالة، فإن القبول الفعلى فـيها لايكون قبـولا إلا إذا حصـل بعد العلم، والفـرق أن الفقهـاء يرون أن الإيصاء من قبيل الخـلافة كالوراثة فلا تتوقف على العلم كما لا تتوقف الوراثة عليه راجع البداية «ج٨ ص٤٩٠».

(٢) إذا أوجب الموصى ثم رد الموصى إليه الإيصاء، وأعلم بذلك ولو بكتـاب أو رسول فإن رده يصح، سواء أكان ذلك بعد قبوله الإيصاء أم قبل قبـوله، وإذا قبله بعد ذلك لم يصح قبوله لبطلان الإيجاب بالرد. وإن لم يعلم الموصى برده وكان رده حال حياته فإن كان بعد قبوله لم يصح رده. سواء أعلم الموصى قبل رده بقبوله أم لم يعلم كما يسـتفاد ذلك من إطلاق عبارة الجامع الصغير. وإن كان قـبل قبوله صح الرد ولا يبطل الإيجاب حينئذ برده مادام الموصى لم يعلمه، حتى إذا قبل بعد ذلك الرد وقبل أن يعلم به الموصى صح القبول، وإن رد بعد الوفاة فإن كان ذلك قبل القبول صح رده، وله أن يقبل بعد ذلك لعدم بطلان الإيجاب به ما لم يقره قاضٍ عليه، فإن أقره القـاضى عليه لم يصح أن يقبل بعد ذلك لبطلان الإيجاب بالرد مـع إقرار القاضى، وإن كان رده بعد قـبوله لم يصح منه الرد إلا أن يخرجه قـاض بسبب رده هذا، ولايخرجه إلا إذا رأى فى ذلـك خيرا لليـتيـم. وسـواء فى ذلك أن يكون قـبوله قـد تم حـال حـياة المـوصى أم بعد وفـاته. راجع الدر المخـتـار «ج٥ص٤٩٥، ٤٩٦، ٥١٢» وتقـرير الرافـعى «ج٢ ص٣٤٩» والـفـتـاوى الهندية «ج٦ ص١٣٧» وفـتـاوى قاضيخان «ج٣ ص٥١٣». هذا وللوصى أن يخرج نفسه متى شاء إذا جعل له الوصى هذا الحق، والحكمة فى جميع هذه الأحكام عدم التغرير بالموصى، والمحافظة على مصـالح الصـغير. وللموصى عزل الوصى متى شاء وإن لم يعلم، وهذا عند الإمام، واشترط أبو يوسف العلم. الدر المختار «ج٥ ص٤٩٥».

كذا فقط، كان وصيا عاما فى كل شىء. ولم يتخصص عند الشيخين؛ لأن الوصاية خلافة، وهى لاتقبل التجزئة فلا يتخصص، وعلى هذا لو أقام عدة أوصياء، وخص كلا منهم بعمل معين كانوا جميعا أوصياء فى كل شىء.

وذهب محمد إلى أنه يقبل التخصيص كوصى القاضى، فلا يكون له أن يعمل غير ماعهد إليه فيه. فربما لايحسن غير ما خصص به، وفى تعميم ولايته بعد عن غرض الموصى وخروج عن إرادته(١).

تعدد الوصى المختار: إذا أقام الولى أكثر من وصى. فنص فى عقد الإيصاء على وجوب اشتراكهم أو على جواز انفراد كل منهم اتبع مانص عليه. وإن لم ينص على ذلك - بل أطلق الأمر - كان لكل واحد أن ينفرد بالتصرف عند أبى يوسف، لثبوت الخلافة لكل منهم فكانت ولايته كاملة، وذهب الطرفان إلى وجوب اشتراكهم عند ذلك، ولايجوز لأحدهم أن ينفرد بالتصرف إلا فى ثلاث أحوال:

الأولى- المسائل التي يخشى الضرر من تأخيرها كتجهيز الميت.

الثانية- المسائل التي لايحتاج فيها إلى الرأى، كرد الودائع المعروفة إلى أربابها.

الثالثة- ما لا يمكن فيه الاجتماع، كالخصومة فى الحقوق. ويشترط عند ذلك أخذ رأى من لم يشترك من الأوصياء قبل المرافعة، كما يفهم ذلك من عبارة صاحب العناية عند بيانه لأحكام الوكلاء عند التعدد (٢).

---

(١) قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل : إذا أقام الرجل وصيا على ابنه فلان أو على عمل معين وأقام وصيا على ابنه الآخر أو على عمل أو مال آخر. فإن شرط الا يكون كل واحد منهما وصيا فيما أوصى به إلى الآخر يكون الأمر على ماشرط اتفاقا، وإن لم يكن قد شرط ذلك فإن المسألة تكون على ماذكرنا من خلاف. والفتوى على قول الإمام. راجع الهندية «ج٦ ص١٣٩» والفتاوى الخانية «ج٣ ص٥١٤».

(٢) عندئذ ألا يقال: إن ذلك من قبيل التوكيل، فيكون الحاضر حاضرا عن نفسه وعن الآخر بالوكالة عنه؟ وإذن فالمسألة ليست مسألة انفراد ولا محل لاستثنائها.

هذا وقد قيل : إن الخلاف المذكور فيما إذا أوصى إليهم بجملة عقود، أما إذا أوصى إليهم بعقد واحد فالإجماع على وجوب اشتراكهم جميعا فى التصرفات، وقيل: إن الخلاف حد الإيصاء إليهم بعقد واحد، أما عند تعدد العقود فالإجماع على جواز انفراد كل منهم بالتصرف، قال أبو الليث: وهذا هو الأصح وبه نأخذ. وقيل: إن الخلاف فى الحالين جميعا. قال فى المبسوط: وهو الأصح. راجع رد المحتار «ج٥ ص٤٩٧».

حكم عقد وصى الأب: إذا ترك الأب تركة وكانت مشغولة بدين أو وصية مرسلة فإن كان الدين محيطا بها كان للوصى ولاية بيعها كلها لسداد الدين. وإن كان غير محيط بها أو كان فيها وصية مرسلة كان له كذلك ولاية البيع فى سبيل سداد الدين وتنفيذ الوصية. وإذا ثبت له بيع بعضها ثبت له ولاية بيعها كلها عند الإمام، وقال صاحباه: لايبيع منها إلا بقدر مايفى بالدين وينفذ الوصية[1].

وفيما عدا هذه الحال لايكون للوصى ولاية على نصيب الورثة الكبار من التركة إذا كانوا حاضرين، أما عند غيبتهم فتكون له ولاية بيع مايخصهم فيها من منقول باعتبار أن ذلك طريق لحفظه، وله ولاية حفظ أموالهم عند الغيبة بمقتضى وصايته.

وتثبت له الولاية على جميع أموال الصغار حاضرين أو غائبين، فيكون حكمه فى عقده لهم كحكم الأب الذى بيناه فيما مضى [2]، ولكن يخالفه فى المسائل الآتية:

١ ـ لايجوز له أن يبيع عقار الصغير لأجنبى عنه إلا بمسوغ، وذلك على رأى المتأخرين المفتى به [3]، بينما يجوز ذلك للأب من غير مسوغ كما تقدم، والمسوغ ضربان:

(أحدهما): أن يكون على الصغير ديون أو يتعلق بأمواله الموروثة حقوق لايمكن وفاؤها إلا ببيع العقار، كأن يكون على التركة دين غير محيط، أو فيها وصية مرسلة، فيبيع العقار لإيفاء ذلك[4].

---

(١) الأصل عند أبى حنيفة: أنه إذا ثبت للوصى بيع بعض التركة ثبت له ولاية بيعها كلها خلافا لصاحبيه، إذ رأيا أن ولاية بيعه تقتصر على الحاجة. راجع الفتاوى الهندية «ج٦ ص١٤٤».

(٢) راجع جامع الفصولين «ج٢ص١٦، ١٧».

(٣) وذهب مالك إلى أن الوصى والحاكم لايجوز أن يبيعا العقار بقيمته إلا لحاجة تدعو إلى ذلك. وهذا بخلاف الأب. فإنه إذا رأى باع بالقيمة. راجع الشرح الكبير للدردير «ج٣ ص٣٠١».

(٤) نقل فى الفتاوى الهندية عن خزانة المفتى: أن الوصى يجوز له بيع العقار لسداد الدين وإن وجد وفاء فى غير بيعه، ولكن عبارة الكافى تفيد أن العقار لايباع لسداد الدين إلا إذا لم يوجد وفاء له بغير بيع العقار. راجع الفتاوى الهندية «ج٦ص١٤٤». وفى الحموى «ج٢ ص١١٩» أن البزازى قيد جواز بيع العقار بألا يكون للدين وفاء إلا من ثمنه. وأكثر الكتب على هذا.

(ثانيهما): أن يكون بيع العقار خيرا للصغير من بقائه، أو تقتضيه حاجته الضرورية، مثال الحال الأولى: أن يباع بضعف قيمته. أو لأن نفقاته أكثر من غلاته، أو لأن بناءه آيل للخراب وليس فى الإمكان ترميمه، أو للخوف عليه من متسلط جائر. مثال الحالة الثانية: أن يكون الصغير فى حاجة إلى النفقة، ولايمكن الإنفاق عليه إلا من هذه السبيل.

٢ ـ لايجوز له أن يبيع ماله للصغير، ولا أن يشترى مال الصغير لنفسه إلا إذا تحققت الخيرية، وذلك بأن يبيع عقاره للصغير بنصف قيمته. ومنقوله بثلثى قيمته [١]. فيبيع مايساوى خمسة عشر بعشرة، وبأن يشترى لنفسه عقار الصغير بضعف قيمته. ومنقوله بزيادة ٥٠ فى المائة من قيمته، فيشترى مايساوى عشرة بخمسة عشر [٢] وإذا كان ذلك مع من لاتقبل شهادتهم له لم يجز إلا مع انتفاء الغبن اليسير. وأما الأب فله ذلك بدون اشتراط تلك الخيرية، إذا كان التصرف لنفسه، ومع انتفاء الغبن الفاحش إذا كان مع من لاتقبل شهادتهم له.

٣ ـ لايجوز له أن يتولى طرفى عقد البيع بين صغيرين تحت وصايته ويجوز ذلك للأب[٣].

٤ ـ لايجوز للوصى أن يؤجر نفسه للصغير لأنه لايتولى طرفى عقد الإجارة ويجوز ذلك للأب. ولذا لم يجيزوا للوصى أن يزارع فى أرض الصغير على أن يكون البذر فى مال الصغير؛ لأن ذلك فى معني إجارة نفسه له بخلاف الأب [٤].

٥ ـ ليس للوصى فى هذا الزمان أن يضارب بمال الصغير بنفسه[٥].

وماعدا ذلك فهو كالأب فى تصرفه، حكمه كحكمه، فله الإجارة والمزارعة

---

(١) إذا كان للوصى أن يبيع للصغير ما يملكه هو من منقول بثلثى قيمته فكيف لايجوز له ذلك فى العقار، والمعروف أن العقار أبقى من المنقول؟ لا ارى وجها لان يقيد بيع العقار بنصف القيمة مع جواز بيع المنقول بثلثى القيمة.

(٢) هذا مذهب الإمام، وذهب الصاحبان والشافعى وأحمد إلى عدم جواز ذلك من الوصى مطلقا. راجع الفتاوى الهندية «ج٦ ص١٤٩» والدر المختار «ج٥ ص٥٠١» ونهاية المحتاج «ج٤ ص٣٦٧» وكشاف القناع «ج٢ ص٢٢٤».

(٣) راجع الهندية «ج٣ص١٧٦» وجامع الفصولين «ج٢ ص١٥».

(٤) جامع الفصولين «ج٢ص١٣، ١٥» والهندية «ج٦ ص١٤٨».

(٥) جامع الفصولين «ج٢ص١٥».

ودفع المال مضاربة وبضاعة، وقبول الحوالة على الإملاء، والقسمة [١] والبيع والشراء على ماذكرنا [٢] مادام ذلك فى مصلحة الصغير، فإذا كان شىء من ذلك بين الضرر له أبطله القاضى.

عقد الجد: علمت أن وصى الأب بولايته المستمدة من الأب يقوم مقامه فيما يتركه من أموال وأولاد. فكان له بسبب ذلك ولاية على التركة، فيبيعها لسداد ديونها وتنفيذ وصاياها، وولاية على مال الأولاد فإليه استثماره وتدبير شئونه، وأما الجد فولايته أصلية على أولاد ابنه بحكم الولادة، وليست مستمدة من غيره، فكان له بذلك الولاية على أموالهم فرجع إليه استثمارها، وكان حكمه فيها حكم أبيهم، فما يجوز لأبيهم أن يباشره فيها من التصرف على الوجه الذى بيناه يجوز كذلك لجدهم عند عدم وجود الأب ووصيه [٣]، (وعلى ذلك فليس للجد ولاية على تركة ابنه من ناحية أنها تركة، ولذا لم يكن له أن يبيعه لسداد ديونها وتنفيذ وصاياها. وإن جاز له ذلك فى سبيل سداد ديون الأولاد أنفسهم، وبذلك خالف وصى الأب) [٤].

وذهب بعض العلماء إلى أن للجد أيضا ولاية على التركة باعتباره خليفة عن ابنه إذ إنه أحد ورثته، وإن له بذلك ولاية البيع لسداد الديون وتنفيذ الوصايا، وبذلك لايختلف عن وصى الأب فى هذا[٥].

وعقد وصى الجد: وولاية وصى الجد فى تركة الجد كولاية وصى الأب فى تركته، لا فرق بينهما، وأما ولاية وصى الجد على أموال أولاد ابنه، فهى كولاية وصى الأب على أموالهم، فما كان لوصى الأب فعله، فهو لوصى الجد، ومايمنع منه وصى الأب يمنع منه وصى الجد، لافرق بينهما [٦].

---

(١) الأصل فى مسائل القسمة أن من ملك بيع شىء ملك قسمته؛ ولذا جازت قسمة الموصى مع الغبن اليسير لا مع الغبن الفاحش. الفتاوى الهندية «ج٦ ص١٤٢».

(٢) جاء فى رد المحتار «ج٥ ص٥٠٠» أن ليس للوصى أن يبيع أو يشترى ممن تقبل شهادتهم له ولا من وارث الميت إلا مع انتفاء الغبن اليسير..

(٣) الفتاوى الهندية «ج٣ ص١٧٤ وج٦ ص١٤٦». وفيها عن المحيط : الجد أبو الأب عند انعدام الأب بمنزلته. وجامع الفصولين «ج٢ ص١٥».

(٤) جامع الفصولين «ج٢ ص٢١»، الهندية «ج٥ ص١٤٥، ١٤٦». وعلى ذلك إذا كان فى التركة دين أو وصية وجب إقامة وصى لسداد الدين وتنفيذ الوصية.

(٥) جامع الفصولين من الفصل الثانى والعشرين «ج٢ ص٢٣» والهندية «ج٦ ص١٤٦».

(٦) جامع الفصولين «ج٢ ص١٣» بالهندية «ج٣ ص١٧٧».

عقد القاضى ووصيه: عند عدم وجود الأب والجد ووصيهما تكون الولاية للقاضى. وليس يفرغ القاضى عادة لإدارة أموال الصغار ومن فى حكمهم، ولهذا يقيم وصيا يقوم مقامه، فإذا أقامه كانت له الولاية فيما عهد إليه فيه من الأعمال والتصرفات، فيكون عاما إن جعله عاما، ويتخصص بما يخصصه به، وعندئذ لاتكون للقاضى ولاية فيما جعل لوصيه؛ لأن الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة [1]، وأما ما لم يجعله له من التصرفات فتبقى ولايته فيه.

وحكم وصى القاضى فى عقوده التي يباشرها لموليه كحكم وصى الأب[2]، غير أنه يخالفه فى بعض مسائل. أهمها ما يأتى:

١ ـ أن وصى القاضى يقبل التخصيص اتفاقا، فيتقيد بما يقيده به القاضى، بخلاف الوصى المختار. فقد علمت أن فى قبوله التخصيص خلافا ذكرناه.

٢ ـ أن وصى القاضى لايملك أن يبيع مال الصغير لنفسه، ولا أن يبيع مال نفسه للصغير، ولا أن يقوم بتلك المبادلة مع من لاتقبل شهادتهم له، كابنه وأبيه، ولو كانت مع الخيرية التي بيناها، ذلك لأنه نائب عن القاضى وفعله كفعله [3] والقاضى لايملك ذلك لأن فعله من باب القضاء، وهو لايقضى لنفسه، ولا لمن لاتقبل شهادتهم له دفعا للتهمة، فمثله من يستمد ولايته منه (٤).

---

(١) راجع الأشباه والنظائر «ج٢ ص١٩٢». وفيها : لايملك القاضى أن يتصرف فى مال اليتيم مع وجود وصيه ولو كان منصوبه، ولايملك القاضى التصرف فى الوقف مع وجود ناظره ولو كان مقاما من قبله ا.هـ

(٢) راجع الأشباه والنظائر «ج٢ ص١٢٢» والدر المختار «ج٥ ص٥٠٩».

(٣) ولكن لو اشترى هذا الوصى مال الصغير من القاضى أو باع مال الصغير للقاضى جاز. هندية من باب مايملكه الوصى وحموى «ج٢ ص١٢٢».

(٤) ذكر فى الأشباه والنظائر والدر المختار بقية هذه المسائل وهى:

(أ) ليس لوصى القاضى أن يؤجر نفس الصغير بخلاف وصى الأب.

(ب) للقاضى أن يعزل وصيه ولو من غير جنحة، وليس له أن يعزل الوصى المختار إذا كان عدلا كافيا، وله عزله بجنحة.

(جـ) للوصى المختار أن يقيم وصيا فيقوم مقامه بعد وفاته فى تركته وفى مال الأولاد الذين تحت ولايته، وليس ذلك لوصى القاضى إلا إذا جعل له القاضى ذلك، والقاضى لايملك الآن أن يجعل له ذلك.

٣ ـ وفى مصر حل المجلس الحسبى محل القاضى بمقتضى قانون المجالس الحسبية، وأصبح هذا المجلس مختصا بإقامة الأوصياء إذا لم يكن هناك ولى ولاوصى، وإقرار الأوصياء المختارين عند إقامتهم، وأصبح الوصى مقيداً فى ولايته، بما جاء فى هذا القانون من القيود، سواء أكان وصيا من قبل المجلس أو وصيا مختاراً [١].

---

(١) بناء على المادة «٢١» من قانون المجالس الحسبية: يجب على الوصى مطلقا أن يحصل على إذن من المجلس الحسبى قبل مباشرته للتصرفات الآتية، وسنرى أن بعضها كان له مباشرته من غير إذن سابق بمقتضى ولايته الشرعية، ولكنه أصبح بذلك مقيدا فيها:

١ ـ شراء العقارات أو بيعها أو استبدالها أو ترتيب حقوق عينية عليها.
٢ ـ التصرف بالبيع أو الرهن فى الأوراق المالية.
٣ ـ تقليل التأمينات المقررة لمنفعة القاصر.
٤ ـ الصلح أو التحكيم.
٥ ـ الاعتراف بدين سابق على الوفاة أو الحجر.
٦ ـ إجراء القسمة بالتراضى.
٧ ـ طلب القسمة القضائية.
٨ ـ قبول الهبة بشرط.
٩ ـ التأجير لأكثر من ٣ سنوات.
١٠ ـ الاقتراض.
١١ ـ تشغيل رءوس الأموال.
١٢ ـ شراء شىء لأنفسهم من ملك القاصر أو بيع شىء من ملكهم له.
١٣ ـ استئجارهم ملك القاصر لأنفسهم.
١٤ ـ قبول التنازل لهم عن حق أو دين على القاصر.

ويلاحظ أن كل هذه التصرفات هى من ولاية الوصى بمقتضى التشريع الإسلامى ما عدا ما يأتى:

١ ـ تقليل التأمينات لأن ذلك ضرر محض بالصغير.
٢ ـ الاعتراف بالدين لأن الوصى لايملك الإقرار على الصغير.
٣ ـ شراء شىء لأنفسهم من ملكهم له واستئجارهم ملك القاصر لأنفسهم، فإن ذلك لايجوز إلا بقيود فصلناها، وهذا التقييد بالنسبة للوصى المقام من المجلس لا ملاحظة عليه، أما بالنسبة للوصى المختار فهو من باب العزوف عن بعض التصرفات، وفى نفاذ ذلك من غير سبب موجب نزاع وخلاف، غير أن ولى الأمر إذا اختار قولا من الأقوال فجعله قانونا وجب الأخذ به، ونعما فعل، لفساد أهل هذا الزمان.

خلاصة الباب

الولاية سلطة شرعية، يتمكن بها شرعا من مباشرة العقود وترتيب حكمها عليها دون توقف على رضا أحد، وقد ترجع إلى ماقرره الشارع من إلزام الإنسان بما يلتزم به في شئون نفسه، وتكون في هذه الحال ولاية ذاتية، وتلك هي ولاية الإنسان على نفسه وعلى ماله، وقد تثبت للإنسان بسبب يعرض له بناء على أن الشارع قد جعله علة لثبوتها، وفي هذه الحال قد تكون أصلية، كولاية الأب والجد على نفس الصغير وماله، فإنها تثبت لهما بسبب ولادة الصغير وانتسابه إليهما. وليسا فيها نائبين عن أحد، وقد تكون نيابية كولاية الوصي والوكيل وناظر الوقف، فإنها تثبت لهم نيابة عمن ولاهم وأقامهم من أب أو جد أو موكل أو قاض أو واقف.

والولاية، إما ولاية على النفس، وليس بيانها من موضوعنا، وإما ولاية على المال، وتختلف باختلاف مالك المال، فإن كان دون البلوغ ثبتت لأبيه، ثم لوصيه، ثم لوصي وصيه وهكذا، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء كانت لجده، ثم لوصي وصيه وهكذا، فإن لم يوجد أحد كانت للقاضي ووصيه، وتستمر ولايتهم عليه إذا بلغ مجنونًا أو معتوها. وإن كان المال لمجنون أو معتوه، أصابه الجنون أو العته بعد البلوغ، كانت للقاضي وقيمه، وقيل تعود إليه ولاية من سبق ذكرهم، وإن كان لسفيه أو مغفل، كانت للقاضي ومن يقيمه قيما.

حكم العقد مع ثبوت الولاية : إذا تمت لشخص أهلية أدائه كان ذا ولاية على نفسه وعلى ماله، وكان عقده في شئون نفسه صحيحا نافذا لايتوقف على رضا أحد، اللهم إلا إذا مس حقا ثابتا لغيره، فإن له حينئذ حق الاعتراض على نفاذه، كما في بيع الإنسان ماله المرهون أو المستأجر، فيتوقف على إجازة المرتهن أو المستأجر أو زوال حقهما، وأما إذا لم تثبت للشخص هذه الأهلية لم يكن له ولاية، وكانت الولاية لغيره ممن ذكرنا. وكذلك تثبت لوكلاء هؤلاء جميعا على مايملكون من مال إذا وكلوا فيه. وهاك حكم عقودهم:

عقد الأب ووصيه: للأب ـ كما ذكرنا ـ ولاية على ولده الصغير ومن في حكمه، وولايته نظرية، ولذلك لاتكون له ولاية في العقود الضارة ضررا محضا

كالتبرعات والإسقاطات مثل الهبة والطلاق. وتكون له ولاية فى العقود النافعة أو المترددة بين النفع والضرر. كقبول الهبة والوصية، والبيع والإجارة والمزارعة والمساقاة وغير ذلك من العقود إذا لم تتمحض للضرر. أما لو تمحضت للضرر كالبيع أو الشراء بغبن فاحش فإنه لايليها. وإذا باشرها صدرت فاسدة أو باطلة.

ومثل الأب فى ذلك وصيه. وله بمقتضى الإيصاء إليه ولاية على تركة الأب فيبيعها لسداد الديون وتنفيذ الوصايا، وولاية على أولاده، فيلى لهم جميع ما يليه الأب إلا فى المسائل الآتية:

(١) لايجوز له أن يبيع عقار الصغير إلا بمسوغ شرعى، وذلك المسوغ أن يتعلق بأمواله حق لغيره، كدين أو وصية فيبيعها لسداد ذلك الدين أو لنفاذ تلك الوصية، أو أن يبيع العقار بالخيرية، وهى أن يبيعه بضعف قيمته. أو تكون نفقات العقار أكثر من غلاته أو يخشى عليه من متسلط جائر. أو يكون آيلا للخراب ولايمكن ترميمه. أو يحتاج إلى بيعه للإنفاق على الصغير. فهذه هى الأحوال التى يجوز له بيع العقار فيها دون غيرها. والأب بخلاف ذلك، إذ لا يتقيد فى بيعه إلا بعدم الغبن الفاحش.

(٢) لايعقد معاوضة للصغير يكون هو أحد طرفيها عن نفسه، أو من لاتقبل شهادتهم له، إلا إذا تحققت الخيرية إذا كانت المعاوضة له، أو انتفى الغبن اليسير إذا كانت لمن لاتقبل شهادتهم له، والخيرية بيع العقار بضعف قيمته، وشراؤه بنصف قيمته، وبيع المنقول بزيادة ٥٠ فى المائة من قيمته وشراؤه بثلثى قيمته، والأب لايتقيد فى ذلك إلا بانتفاء الغبن الفاحش.

(٣) لايتولى طرفى عقد معاوضة بين صغيرين تحت ولايته. ويجوز ذلك للأب.

(٤) لايؤجر نفسه لصغير. ويجوز ذلك للأب.

عقد الجد ووصيه: وليس للجد ولاية على تركة ابنه، ولذا لايجوز له بيعها لسداد الديون وتنفيذ الوصايا، وأجاز ذلك محمد. وله ولاية على أموال أولاد ابنه عند انعدام الأب ووصيه، وولايته عليها كولاية الأب، فما يجوز للأب فعله يجوز له وما لايجوز له فعله لايجوز له.

ووصى الجد كوصى الأب، فولايته على تركة الجد كولاية وصى الأب على تركة الأب، وولايته على مال الأولاد كولاية وصى الأب عليه لا فرق بينهما.

عقد القاضى ووصيه: ليس يفرغ القاضى عادة لتولى شئون فاقد الأهلية أو ناقصها؛ ولذا فالعادة أن يقيم مقامه وصيا، فإذا أقامه كانت له الولاية دون القاضى، وولاية وصى القاضى كولاية وصى الأب لايخالفه إلا فى مسائل أهمها:

(١) أن وصى القاضى يقبل التخصيص، فيتقيد بما يقيده به القاضى من القيود كالوكيل،بخلاف وصى الأب أو الجد فلا يتقيد عند الإمام، بل إذا خصص بعمل كان عاما فى كل شىء خلافا لأبى يوسف.

(٢) لايملك وصى القاضى أن يبيع مال موليه لنفسه، ولا أن يبيع ماله لموليه، بل ولايعقد هذه المبادلة مع من لاتقبل شهادتهم له لأنه نائب القاضى والقاضى ليس له ذلك فلا يكون أيضا لوصيه، أما وصى الأب فله ذلك مع مراعاة الخيرية بالنسبة إلى نفسه، ومع مراعاة انتفاء الغبن بالنسبة إلى من لاتقبل شهادتهم له.

(٣) ليس لوصى القاضى أن يؤجر الصغير ولوصى الأب ذلك، وللقاضى أن يعزل وصيه، ولو بلا جرم، ولايعزل وصى الأب إلا بجرم، وقد جعلت هذه الولاية الآن للمجالس الحسبية بمقتضى القانون رقم ٤٠ سنة ١٩٢١ فإليها كل ما كان للقاضى مع مراعاة القيود الواردة فى القانون.

باب عقد الوكيل

التعـريف بالوكـالة [1]: الوكالة ضـرب من الولاية كمـا عرفت ويعرفـها الفقهاء بأنها إقامة الإنسان غيـره مقام نفسه فى تصرف مملوك له معلوم، كأن يوكل إنسان آخـر فى أن يبيع له منزله بجـهة كـذا، وكأن يوكله فى كل مـايجوز له أن يباشره من التصرفات إذ ليس فى مثل هذا العموم تجهيل بالموكل به.

ركنها : ركنها الإيجاب والقبول [2]، ويكون ذلك بكل ما يدل على معناها من لفظ أو فعل، وعليـه إذا وكل إنسان آخر بتـصرف خاص فـسكت الآخر، ثم باشر ذلك التـصرف ولو بعـد حين كان ذلك منه قـبولا تتم به الوكـالة، وكذلك الحكم إذا وكله به فى غيبته فـعلم ثم باشره أو قال: قبلت. ولكنه إذا رد الإيجاب بما يدل على عدم قبوله ثم تصرف بعد ذلك كان فى تصرفه فضوليا؛ لأن الإيجاب قد بطل بـرده. ومن هذا يتبين أن الوكـالة لايشترط فـيهـا اتحاد مجـلس الإيجاب والقبول كما قدمنا فى أحكام العقود.

أقسام الوكالة : والإيجاب إن كان خـاصا بتصرف معين كـبيع أو إجارة أو خصومة أو نحو ذلك كانت الوكالة خـاصة، وإن كان عاما: كأنت وكيلى فى كل شىء، كانت عامـة، فيملك الوكيل بها كل تصـرف جائز للموكل، وذهب بعض الحنفية إلى أنه لايملك الطلاق والعتاق والوقف إلا بالنص عليها. وذهب قاضيخان إلى أنه لايكون بمثل ذلك وكيلا فى الإسقاط والتبرع، وذلك اسـتحسان، واعتمده كثير [3].

وقد علـمت أن الوكالة قـد تكون منجزة مـثل: وكلتك فى بيع دارى هذه،

---

(١) الوكالـة بفتح الواو وكـسـرها وهى لغة التـفويض والمراعـاة والحفظ ومنه حـسبنا الله ونعم الـوكيل أى الحافظ.

(٢) هل يكون الوكـيل بمجرد إيجاب المـوكل قبل علمه بـالوكالة؟ قولان عند الشـافعى. أشباه السـيوطى ص٢٢٤. وعلى ذلك فبعض الشافعية يرى أنها تتم بالإيجاب وحده. وعلى كل حال فلا يشترط فيها المجلس عند الشافعى وأحمد.ولـو تصرف الوكيل غير عالم بالوكالة صح تصرفـه ونفذ. نهاية «ج٥ ص٢٧». وكشاف القناع «ج٢ ص٢٣٢».

(٣) مذهب المالكيـة فى الوكالة العامة قـريب من مذهب الحنفية ، وذهب بعض الشـافعية إلى عـدم صحة الوكالة العامة لما فيها من الغرر. نهاية «ج٥ ص٢٥».

وقد تكون مضافة مثل: وكلتك فى إدارة أموالى ابتداء من الشهر الآتى، وقد تكون معلقة كأن تقول: إن لم أحضر من السفر غدا فأنت وكيلى فى إدارة أموالى [1].

شروطها:

(١) يشترط فى **الموكل** أن يكون مالكا لما وكل فيه، لأنه لايملك غيره ما لا يملك، وإذن فكل مايجوز للإنسان أن يباشره لنفسه من التصرف يجوز له أن يوكل فيه غيره إلا استيفاء القصاص، فلا يجوز التوكيل فيه لاحتمال أن تأخذ وليه رحمة عند حضوره فيعفو.

توكيل الوكيل أو الوصى: وأما مايباشره لغيره من التصرف، فإن كان ذلك عن طريق الوكالة، لم يجز له أن يوكل غيره فيه، إلا إذا أذنه بذلك الموكل [2] أو فوض إليه الرأى فيه. وإن كان عن طريق الولاية كوصى وولى وناظر وقف جاز له أن يوكل فيه غيره [3].

وبناء على ماتقدم: لا يصح من المجنون توكيل، لأنه لايملك تصرفا، ويصح من الصبى المميز فيما يملكه فينفذ توكيله غيره إذا كان فى تصرف نافع، ويتوقف على إجازة وليه أو وصيه إذا كان فى تصرف متردد بين النفع والضرر.

---

(١) يرى أحمد صحة إضافة الوكالة وتعليقها ولايرى الشافعى ذلك فى أصح قوليه. كشاف «ج٢ص٢٣٢» نهاية «ج٥ص٢٨».

(٢) ذهب الشافعى إلى أن الوكيل ليس له أن يوكل فيما وكل فيه بلا إذن من موكله إن تأتى إن يقوم به. فإن لم يتأت منه لكونه لايحسنه، أو لايليق به أن يباشره، أو يشق عليه فعله مشقة غير محتملة عادة فله أن يوكل غيره بلا إذن من موكله إذا كان موكله يعلم ذلك حال توكيله إياه. أما إذا كان جاهلا بحاله أو كان يعتقد خلافها فلا يجوز له أن يوكل غيره بلا إذنه. وإلى مثل هذا ذهب أحمد ومالك. وإذا كثر على الوكيل العمل فعجز عن القيام به كله، كان له أن يوكل غيره فيه عند أحمد، وقصر الشافعى جواز ذلك على مازاد على طاقته فقط. ولو طرأ العجز على الوكيل لمرض أو سفر لم يكن له التوكيل عند الشافعى. وفى هذه الأحوال يكون من يوكله الوكيل وكيلا للوكيل عند أحمد ووكيلا للموكل عند الشافعى، نهاية «ج٥ص٣٨» وكشاف «ج٢ص٢٣٥».

(٣) يرى الشافعى أنه لايجوز للوصى ولا القيم أن يوكلا غيرهما فى مال موليهما إلا عند عجزهما أو عندما يكون العمل غير لائق بهما، وأنه إذا وكل الوصى أو الولى وكيلا عنه فى أمور المولى عليه ـ وذلك عندما يجوز له ذلك ـ فله أن يجعله وكيلا عنه، أو وكيلا عن المولى عليه، وإذا جعله وكيلا عن المولى عليه لم ينعزل ببلوغه، بخلاف ما إذا جعله وكيلا عن نفسه فإنه ينعزل ببلوغ المولى عليه، وذلك أثر لانعزال الوصى أو الولى بالبلوغ نهاية «ج٥ ص١٦».

(ب) ويشترط فى **الوكيل** أن تكون له عبارة صحيحة. وإن شئت قلت: أن يكون مميزا قد بلغ السابعة من عمره على الأقل، فلا يشترط فيه الرشد ولا البلوغ ولا عدم الحجر. وعلى ذلك لايصح لإنسان أن يوكل المجنون.

وذهب الشافعى إلى أن الصبى لايصح توكيله غيره، ولايجوز أن يكون وكيلا عن غيره. لأنه ليس أهلا للتصرف عنده كما تقدم [1].

(جـ) ولايشترط فى الموكل به إلا أن يكون تصرفا جائزا مملوكا - عدا استيفاء القصاص - معلوما للوكيل كما قدمنا، فيجوز التوكيل فى الخصومة فى جميع الحقوق. وفى إنشاء العقود، وفى القبض، وغير ذلك مما يباشره الإنسان لإدارة أمواله [2].

حكمها: حكم الوكالة: قيام الوكالة أى قيام الوكيل مقام الموكل فيما وكله فيه من التصرف إذا باشره بمقتضى الوكالة. فينفذ على الموكل كما لو أنه باشره بنفسه، وعلى ذلك يكون له من الأحكام مايكون له لو أنه صدر من الموكل نفسه[3].

---

(١) ذهب بعض الشافعية إلى أنه لايصح لإنسان أن يوكل امرأة غيره فى عمل بغير إذن من زوجها. وقيد ذلك بعضهم بأن يكون التوكيل فى عمل يفوق حق الزوج . نهاية «جـ٥ ص١٨».

(٢) وذهب الشافعى وأحمد إلى أنه يشترط فى الموكل به أن يكون مملوكا للموكل حال توكيله، وعلى ذلك لا يصح لشخص أن يوكل غيره ببيع ما سيملكه ولا بطلاق من سيتزوجها ولا بزراعة ماسيرثه من الأرض. واستثنى الشافعى من ذلك صحة التوكيل فيما لايملكه إذا ذكر تبعا لما يملكه، كأن يوكل إنسان آخر فى المطالبة بحقوقه. فعند ذلك يدخل فى المطالبة مايحدث له من حق بعد التوكيل. راجع نهاية المحتاج «جـ٥ص٢١» والكشاف «جـ٢ ص٢٣٢». ويجوز كذلك عند أحمد والشافعى التوكيل فى المباحات كالاحتطاب والاصطياد فى الأظهر، وكذلك فى استيفاء القصاص. نهاية «جـ٦ص٢٤، ٢٥» كشاف «جـ٢ص٢٣٣» وخالف فى ذلك الحنفية.

(٣) ومعنى ذلك أن يعتبر قيام الوكيل بما وكل فيه كقيام الموكل به فتترتب عليه جميع الأحكام والآثار التى كانت تترتب عليه لو أن الموكل نفسه قد قام به، ويستثنى من هذه القاعدة العامة التوكيل بالخصومة عند أبى حنيفة فإنه يرى أن التوكيل بالخصومة لايلزم خصم الموكل إلا إذا كان برضاه، مادام الموكل غير معذور فى هذا التوكيل، أما إذا كان معذورا فيه بأن كان لايستطيع المخاصمة أو الحضور إلى مجلس القضاء فإنه يكون ملزما لخصمه ويجب عليه حينئذ أن يحضر وأن يترافع مع الوكيل، وإذا أراد مع ذلك أن يوجه سؤالا إلى الموكل نفسه كان له ذلك، ومن الأعذار السفر والمرض والعجز عن الإبانة وأن يكون الموكل امرأة مخدرة، وذهب الصاحبان إلى أن حكم التوكيل بالخصومة كحكم التوكيل فى أى تصرف فلا يتوقف على رضا الخصم الآخر، وإلى هذا ذهب مالك والشافعى وأحمد.

تقييد الوكيل :تكون الوكالة مطلقة، كما في: وكلتك ببيع سيارتى، وتكون مقيدة بما يريد الموكل بأن يقيد به وكيله، كما في: وكلتك ببيع سيارتى هذه بمائة جنيه حالة. وفى هذه الحال يتقيد الوكيل بما قيد به، لأنه إنما يستمد الوكالة والسلطة من الموكل. فلا يكون له مالم يعطه إياه[1].

التفويض إلى الوكيل: وفى كلتا الحالين يجوز للموكل أن يفوض الرأى للوكيل فى إجراء هذا التصرف الذى وكله فيه. فيتصرف كيف شاء فى حدود مامنحه من ولاية، فإن شاء باشره بنفسه، وإن شاء وكل غيره بمباشرته. وعند ذلك يكون الوكيل الثاني وكيلا عن الموكل لا عن الوكيل الأول. وكأن الذى وكله هو الموكل عند الحنفية[2]. ويجوز له ألا يفوض إليه الرأى فيه. فلا يكون له أن يوكل غيره بمباشرته عندئذ إلا إذا أذنه بذلك الموكل صراحة، لأنه إنما رضى برأيه لا برأى غيره. وإذا لم يفوض إليه الرأى باشر التصرف على حسب مارسمه له من خط وطريقة.

تعدد الوكيل: وإذا تعدد الوكلاء فى عمل واحد فإن كان توكيلهم بعقود متعددة كان لكل منهم أن ينفرد فى مباشرة ما وكل فيه دون أخذ رأى الآخرين ودون علمهم. فإذا باشره انتهت وكالة الآخرين فيه لتمام التصرف، وإن وكله بعقد واحد لم يكن لهم إلا أن يباشروه مجتمعين، مادام لم يجعل لكل منهم حق الانفراد به؛ لأن ولاية مباشرته لم تعط لكل منهم، وإنما أعطيت لهم مجتمعين. ويستثنى من ذلك ما لا يحتاج فيه إلى الرأى كرد الودائع والمغصوب والمبيع بيعا فاسدا، وإيفاء الدين، وما لايمكن فيه الاجتماع، كالترافع أمام القاضى؛ إذ لايمكنهم أن يتكلموا جميعا فى وقت واحد، ولذا لايجوز لكل أن ينفرد بالمرافعة إلا بعد أخذ رأى الآخرين فيما يريد أن يترافع به.

أجر الوكيل : تكون الوكالة بغير أجر، وذلك هو الكثير. وتكون بأجر كما

---

(١) فإذا خالف ما وكل فيه فتصرف كان فضوليا عند الحنفية، فيكون تصرفه موقوفا. وعند الشافعى باطلا نهاية «ج٥ص٤٧».

(٢) ويرى الشافعية والحنابلة أن الموكل إذا أذن وكيله بتوكيل غيره جاز له ذلك فإذا قال له: وكل عنى فوكل كان من يوكله وكيلا عن الموكل الأول؛ وإذا قال له: وكل عن نفسك فوكل كان وكيلا عن الوكيل وإذا أطلق فوكل كان وكيلا عن الموكل. نهاية «ج٥ ص٣٩»، كشاف «ج٢ ص٢٣٥».

فى توكيل المحامين بالدفاع فى الخصومات، وفى هذه الحال يكون الوكيل كذلك أجيرا خاصا أو مشتركا. وإذا سكت العاقدان فى الوكالة عن الأجر حكم العرف، فإن كان يقضى بإعطاء مثل هذا الوكيل أجرا فى هذه الحال كان له أجر المثل، وإلا فلا أجر له.

الفرق بين الوكالة والرسالة: وليس الوكيل كالرسول، فالرسول ينقل عبارة مرسله فيقول للمرسل إليه: أرسلنى فلان لأقول لك كذا أو لأبلغك كذا. فيضيف عبارته دائما إلى المرسل. وإذن لايتصرف برأيه ووزنه، وإنما الرأى والوزن للمرسل. وليس على الرسول إلا البلاغ. وكأن ألفاظه قد استعارها المرسل لاستخدامها معبرة عن إرادته، أما الوكيل فإنما يعمل برأيه ووزنه، فيساوم ويرى المصلحة فيتقدم عليها. فإذا تصرف تصرف بإرادته وعبارته، وإذن يكون الموكل قد استخدم إرادته وعبارته معا، ولذا لايضيف العبارة إلى موكله، بل يقول: بعت كذا، لا باع فلان كذا، فإذا أضاف الوكيل العقد إلى موكله فقال: باع فلان كذا. انقلب فى هذا التصرف رسولا، ولم يكن فيه وكيلا، وسنعلم أن الوكيل قد يكون فى بعض العقود سفيرا ومعبرا، وعندئذ يكون رسولا حتى يكون حكم العقد وأثره لموكله، لأنه لو أضاف العبارة إلى نفسه فى هذه العقود كان الأثر له لا لموكله.

تطبيق على ماتقدم:

(١) قلنا : إن التصرف الموكل به يجب أن يكون معلوما حتى يمكن قيام الوكيل بما وكل فيه. وعلى ذلك صحت الوكالة إذا كانت عامة لعدم الجهالة، فإذا كانت خاصة وعين التصرف، كبيع عين معينة أو شرائها صحت كذلك.وإن لم يعين، فإن ترتب على ذلك جهالة فاحشة ـ وهى جهالة الجنس، كأن يوكل بشراء دابة أو ثوب لم تصح الوكالة؛ لأن الدابة أنواع من البقر والغنم والخيل وغيرها. والثوب أنواع من الحرير والصوف والقطن والكتان وهكذا. وإن كانت يسيرة ـ وهى جهالة النوع إذا كانت آحاده لاتتفاوت قيمها تفاوتا فاحشا ـ كشراء فرس أو ثوب جوخ صحت، ووجب أن يراعى فى التنفيذ حال الموكل فيشترى من ذلك ما يناسبه، وإن كانت متوسطة ـ وهى جهالة النوع الذى تتفاوت قيم آحاده تفاوتا فاحشا ـ كشراء دار فلا تصح إلا إذا نقصت الجهالة بوصف أو بتعيين ثمن مثل:

وكلتك بشراء دار من طبقتين بجهة كذا، بحيث تكون مساحتها كذا وبناؤها كذا، أو بشراء دار ثمنها كذا. وذهب بعضهم إلى ضرورة ذكر الثمن والوصف جميعا حتى تصح الوكالة.

(٢) وكذلك ذكرنا أن الوكيل يتقيدبما يقيده به الموكل. فلا يخرج عنه إلا إلى خير، لأن الرضا بشيء يعد رضا بما هو خير منه، وكذلك يتقيد بما يقيده به العرف لأن المعروف عرفا كالمشروط، إلا إذا نص على مخالفة العرف. ويتفرع على ذلك مايأتى:

(أ) لايجوز للوكيل بالشراء أن يتجاوز الثمن المعين له [١] ولا للوكيل بالبيع أن يبيع بأقل منه أو بجنس غير جنسه كأن يبيع بنقود أجنبية بلا نص، فإذا فعل كان فى تصرفه فضوليا، ولذا ينفذ الشراء عليه إلا إذا كان قد أضافه إلى موكله، فلا ينفذ على أحدهما. وكذا إذا وكله أن يشترى عينا معينة بثمن محدد نسيئة، فاشتراه به حالا أو وكله بشراء شيء غير معين بثمن محدد حال فاشتراه نسيئة؛ لأنه يكون أقل قيمة مما يشترى بهذا الثمن حالا، فتكون المخالفة إلى شر. أما إذا باع بأكثر مما عين له أو اشترى ماعين له بأقل مما حدد له من الثمن فإن تصرفه ينفذ على الموكل؛ لأنه خالف إلى خير. وكذا إذا اشترى نسيئة ما وكل بشرائه بثمن محدد حال بدون زيادة عليه.

(ب) إذا وكله بشراء غير معين وحدد له الثمن لم يجز له أن يزيد فيه ولا أن ينقص؛ لأن مخالفته فى هذه الحال لاتكون إلى خير إلا إذا اشتراه بثمن أقل وكانت قيمته فى الواقع توازى ماحدد له من الثمن. أو كانت أوصافه وفق ماذكر له من أوصاف؛ فإن المخالفة حينئذ إلى خير وينفذ الشراء على الموكل.

(جـ) إذا وكله ببيع مقدار معين من حبوبه لم يجز له أن يبيع أكثر منه، وإذا

---

(١) ليس للوكيل بشراء شيء معين أن يشتريه لنفسه أو لموكل آخر. فإذا اشتراه كان لموكله الأول. وإن ادعى أنه إنما اشتراه لنفسه، حتى لايكون مغررا بالموكل، ولكن إذا عين له الموكل الثمن فاشتراه بأكثر منه أو اشتراه بثمن هو من جنس خلاف جنس ماعين من ثمن، فإنه فى هذه الحال يكون للوكيل لخروجه بهذه المخالفة عن الوكالة. أما إذا وكله بأن يزوجه امرأة معينة فلا يمتنع عليه أن يتزوجها؛ وذلك لأن الوكيل بالتزويج يجب عليه أن يضيف العقد إلى موكله. فإذا أضافه إلى نفسه خرج من الوكالة فيكون الزواج له. بخلاف الشراء؛ لأنه إذا أضاف العقد فيه إلى نفسه لايكون مخالفا للوكالة، ولايخرج منها بذلك.

وكله بشراء قدر معين من حبوب لم يجز له أن يشترى أكثر منه، وإن لم يتجاوز الثمن الذى حدد له؛ لأن حاجة الموكل فى ذلك لا فيما يزيد عنه، وقد يناله بذلك ضرر. وإلى هذا ذهب الإمام.

وذهب الأئمة الثلاثة إلى أن الشراء يقع للموكل إذا لم يتجاوز الثمن الذى عينه للقدر الموكل بشرائه. لأنها مخالفة إلى خير. كما إذا وكله ببيع فرسه بمائة فباعها بمائتين.

ويفرق أبو حنيفة بين المسألتين: بأن الزيادة هنا بدل عن ملك الموكل، وفى الحبوب اشترى شيئا لم يوكله الموكل بشرائه فلا يقع له الزائد. وهذا ظاهر.

(د) لايجوز للوكيل بالبيع عند الصاحبين أن يبيع بغبن فاحش، ولابعروض ولا إلى أجل غير متعارف، ولا بأقل من السعر المعروف المحدد عند الناس، ولا للوكيل بالشراء أن يشترى بغبن فاحش ولا بأكثر من السعر المحدد المعروف عند الناس؛ لأنه يعتبر مقيدا بذلك عرفا وعليه الفتوى[1].

(هـ) يجب على الوكيل أن يجانب التهمة فى تصرفه، لأن العرف يقيده بذلك، وعلى هذا لايجوز له أن يشترى مال نفسه لموكله ولا أن يبيع مال موكله له، وإذا أذن له بذلك لم يجز أيضا لعدم تعدد العاقد[2] وكذا لايجوز له أن يبيع مال موكله لمن له ولاية عليه، كولده الصغير، ولا أن يشترى أموالهم لموكله، وإذا صرح له بذلك لم يجز أيضا لعدم تعدد العاقد [3].

أما البيع والشراء مع من لاتقبل شهادتهم له كأصوله وفروعه الكبار وزوجته، فيجوز بأكثر من القيمة فى البيع وبأقل منها فى الشراء اتفاقا، ولايجوز بأقل منها فى البيع ولا بأكثر منها فى الشراء اتفاقا. وإن كان الغبن يسيرا جاز عند

---

(١) وقال الإمام: إن الوكالة مطلقة فله البيع بغبن فاحش والبيع إلى أجل. وإن كان الأجل غير متعارف. أما الشراء بغبن فاحش فلايجوز عنده، لوجود التهمة إذ يحتمل أنه اشتراه لنفسه. فلما وجد الغبن قال: إنه للموكل، ولذا ذهب بعضهم إلى أنه إذا كان المشترى معينا من الموكل واشتراه بغبن فاحش كان له، لانتفاء التهمة، إذ لا يجوز له شراؤه لنفسه.

(٢) وذهب أحمد إلى جواز ذلك عند الإذن. وعندئذ يتولى طرفى العقد كما يتولاه الوكيل عن البائع والمشترى فى بيع شىء لهما.

(٣) ذهب أحمد أيضا إلى الجواز عند الإذن بذلك، ويتولى طرفى العقد. راجع كشاف القناع ج٢ ص٢٣٩.

الصاحبين خلافا للإمام، ويجوز بمثل القيمة عندهما خلافا للإمام. وقيل يجوز عنده أيضا.

(و) إذا وكل شخص آخر فى الخصومة فأطلق، كان وكيلا فيها وفى الإنكار والإقرار لا فى الصلح ولا فى قبض الحق، وذلك لأن العرف يقضى بذلك حتى إذا جرى العرف بأن الوكيل فى الخصومة لايكون وكيلا فى الإقرار إلا عند النص عليه لم يكن وكيلا فيه إلا إذا نص عليه.

حكم العقد وحقوقه ولمن ترجع؟ : علمنا مما مضى أن حكم العقد هو أثره المترتب عليه، وهو غرض العاقدين من إنشائه. أما حقوقه فيراد بها ما يستتبعه العقد من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتقرره وتكمله. فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع إلى المشترى ونقل ملكية الثمن إلى البائع. وحقوقه إلزام البائع بتسليم المبيع، وإلزامه بقبوله إذا رد إليه بسبب العيب، وثبوت حقه فى المطالبة بالثمن وقبضه ورده إذا وجده معيبا، والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق المبيع، وإلزام المشترى بأداء الثمن، وثبوت حقه فى المطالبة بتسليم المبيع، ورده إذا وجده معيبا، وثبوت الخيار له عند رؤيته. وغير ذلك من الحقوق التى تثبت لكل عاقد قبل صاحبه تكميلا لأثر العقد، وتوفيرا لكمال الانتفاع به، وهكذا الحال فى سائر العقود. وإذن نرى أن لكل عقد حكما وحقوقا.

وكذلك عرفنا مما تقدم أن من العقود ما لايتم إلا بقبض محله. كالهبة والصدقة والعارية والقرض والوديعة والرهن. ومنها مايتم بالإيجاب والقبول دون توقف على القبض، وهذا هو حكم أكثر العقود.

وعلى ذلك إذا باشر الوكيل عقدا من هذه العقود فأضاف العقد إلى موكله سواء أكان موجبا أم قابلا، كان حكم العقد لموكله، وكانت حقوقه كذلك راجعة إليه. فيصير ملزما بها دون الوكيل. ومعنى الإضافة: أن يذكر اسم موكله فى عبارته ليدل على أنه يتصرف له، سواء أسند إليه التصرف أم إلى موكله. فإذا قال الوكيل : باع هذه الدار فلان أو بعتها نيابة عن فلان. أو اشتراها فلان أو اشتريتها لفلان، أو قال: وهب فلان أو وهبت عن فلان أو قبلت الهبة لفلان أو قبل فلان الهبة أو تزوجك فلان أو زوجتك لفلان أو نحو ذلك لم يطالب الوكيل بعد صدور

الإيجاب والقبول بشيء من الحقوق التي يستتبعها العقد. فلا يطالب بتسليم المبي إذا كان وكيلا فى البيع، كما لايطالب بالثمن. ولايطالب بأداء الثمن إذا كان وكيا فى الشراء، كما لايطالب البائع بتسليم المبيع. وكذا لايطالب بتسليم العين الموهو إذا كان وكيلا فى الهبة، ولايطالب بأداء المهر إذا كان وكيلا عن الزوج فى الزواج ويكون حكم العقد فى كل هذه العقود للموكل.

وإذا أضاف العقد إلى نفسه [1] فلم يذكر اسم موكله فى عبارته على أ يتصرف له، فإن كان هذا العقد من العقود التي لاتتم إلا بالقبض فتحت ذلل صورتان:

الأولى - أن يكون وكيلا عن المملك: فيقول: وهبتك هذه الدار أو أعرتك هذا الكتاب. وفى هذه الحال إذا تم العقد بالإقباض يكون حكمه للموكل، وإلي ترجع حقوقه كذلك؛ لأنه يعتبر فيه سفيرا ومعبرا، لتوقف تمام العقد على تسلم عاقد الآخر مالا مملوكا للموكل، ولايتم تسليمه إلى ذلك العاقد إلا بإذنه. ووجه آخر هو أن تسلمه حين يقع يلاقى محلا مملوكا لغير الوكيل - وهو الموكل - فلا يمكن غض النظر عنه واعتبار الوكيل أصيلا فى عقد يتوقف تمامه على القبض، فلزم لذلك اعتباره سفيرا ومعبرا.

الثانية - أن يكون وكيلا عن المتملك، فيقول: قبلت الهبة أو القرض أو العارية، فإذا تم العقد بتسليم محله إليه كان الحكم له، ورجعت إليه كذلك الحقوق، وكان فى هذا التصرف أصيلا، ولم يكن لموكله شيء من ذلك؛ لأن تمليك المالك قد وقع له لا لموكله وجاء القبول طبق ذلك، ومثل هذه الصورة فى الحكم ما إذا كان وكيلا عن الزوج فأضاف العقد إلى نفسه. فقال: تزوجتك، فإن الزواج يكون له لا لموكله، لأنه يتملك بالزواج المتعة، ولكن إذا كان وكيلا عن المطلق وأضاف الطلاق إلى نفسه فقال: طلقتك على كذا وقع الطلاق [2]،ويرجع حكم العقد وحقوقه إلى المطلق.

---

(١) إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ثم اختلف مع موكله فيمن وقع العقد له أللوكيل أم للموكل فلمن يكون القول فى هذه المسألة ؟ فى هذا تفصيل يرجع إليه فى الدر المختار وحاشيته «ج٤ ص٠٤٥» طبعة الحلبى.

(٢) لايقع الطلاق بعبارة الوكيل إلا إذا أخرجه مخرج الرسالة فقال لها: يقول لك زوجك طلقتك أو إضافة إلى نفسه كقوله طلقتك، أما إذا قال لها طلقتك زوجك لم يقع. اهـ منحة الخالق على البحر لابن عابدين «ج٧ ص١٦٥» والبحر وحاشيته «ج٧ص١٦١» ومابعدها.

أما إذا كان وكيلا عن الزوجة فى الحالين فلا يتصور إلا أن يضيف العقد إليها فيقول: زوجتك فلانة أو طلق فلانة على كذا، فقد علمت أنها - وإن اعتبرت عاقدة - محل للعقد ولابد من ذكر المحل، وذكرها يجعل العقد مضافا إليها.

وإن كان من عقود المعاوضات كان الحكم للموكل ورجعت الحقوق إلى الوكيل، ففى عقد البيع مثلا يثبت ملك المبيع للموكل بالشراء وملك الثمن للموكل بالبيع ولكن يطالب وكيل البائع بتسليم المبيع ويرد عليه المبيع إذا وجده معيبا وله المطالبة بالثمن ويطالب وكيل المشترى بتسليم المبيع إليه وله رده على البائع أو وكيله إذا وجده معيبا متى كان فى يده فإن سلمه إلى الموكل كان حق رده للموكل حتي لاتبطل يده الثابتة [1].

وذهب الشافعى وأحمد إلى أن الحقوق ترجع إلى الموكل أيضا كما رجع إليه الحكم[2] ووجهة الحنفية أن الوكيل يتصرف للموكل نيابة عنه تحقيقا لغرض خاص هو حكم العقد فيكون له حتى تتحقق فائدة الوكالة، ولكنه مع ذلك هو العاقد الملتزم أمام العاقد الآخر فيكون ملتزما لذلك بحقوق العقد.

والخلاصة أن حكم العقد يثبت للموكل دائما ولايثبت للوكيل إلا إذا كان وكيلا من قبل المتملك وأضاف العقد إلى نفسه فى العقود التي لاتتم إلا بالقبض، أو فى عقد الزواج، وأن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل ولاترجع إلى الموكل إلا إذا أضاف العقد إليه، أو أضافه إلى نفسه فى العقود التي لاتتم إلا بالقبض حينما يكون وكيلا عن المملك أو وكيلا فى التطليق.

ولاترجع الحقوق إلى الوكيل إلا إذا كان بالغا عاقلا، أما إذا كان صبيا مميزا فترجع الحقوق إلى موكله وإن أضاف العقد إلى نفسه؛ لأنه ليس أهلا للالتزام.

وإذا توفى الوكيل بعد مباشرته تصرفا ترجع حقوقه إليه فإن كان له وصى رجعت تلك الحقوق إلى وصيه، وإن لم يكن له وصى رجعت إلى الموكل، وقيل: يقيم القاضى عنه وصيا فترجع إليه تلك الحقوق.

---

(١) راجع الزيلعى «ج٤ ص٢٥٦» ومابعدها.

(٢) هذا أحد قولى الشافعية، والقول الآخر أنها ترجع إلى كل منهما. فترجع إلى الموكل باعتباره كالأصيل وإلى الوكيل باعتباره كالكفيل لمباشرته العقد راجع «نهاية المحتاج ج٥ص٥٠» وإلى هذا أميل.

علاقة الوكيل بموكله

تبينت مما تقدم أن علاقة الوكيل بمن تعاقد معه تخضع لما يتم بينهما من عقد. فإن كان من العقود التي ترجع الحقوق فيها إلى الوكيل كان لمن تعاقد معه أن يلزم الوكيل بها وليس للوكيل أن يتخلى عنها. ولذا لم يكن للوكيل بالبيع مثلا أن يتخلى عن التزامه بأن يسلم المبيع إلى المشترى، ولا للوكيل بالشراء أن يتخلى عن التزامه بأداء الثمن إلى البائع، ولهذا يلزمه فى ماله إذا لم يدفعه إليه موكله. وإن كان من العقود التى ترجع الحقوق فيها إلى الموكل فإن مهمة الوكيل تنتهى بمباشرة العقد، وبمباشرته تنقضى العلاقة بينهما. وهذا كله بناء على ماذهب إليه الحنفية.

أما علاقة الوكيل بموكله فتختلف باختلاف ما بينهما من عقد. فإن كان مابينهما عقد وكالة وإجارة معا فإن علاقة الوكيل بموكله حينئذ تتبع عقد الإجارة فتكون علاقة الأجير بالمؤجر، ويكون الوكيل ملزما بمقتضى عقد الإجارة أن يقوم بالعمل الموكل به وليس له التخلى عنه إلا إذا كان هناك سبب لفسخ عقد الإجارة ففسخ به.

وإن كان ما بينهما عقد وكالة فقط فإن الوكيل حينئذ يعتبر متفضلا بمعونته ومتبرعا بمنفعته، وإذن فليس للموكل أن يلزمه بالمضى فى الوكالة والقيام بالعمل. بل للوكيل أن يتخلى عن العمل فى أى وقت أراد، فإذا كان وكيلا بالبيع لم يلزم بأداء الثمن إلى موكله من ماله مادام لم يتسلمه من المشترى. بل ولايلزم بمطالبة المشترى به لأن قيامه بها تبرع. ولايلزم متبرع بالمضى فى تبرعه، ولكن لما كانت من حقه ويأبى القيام بها كان عليه أن يحيل بها موكله على المشترى؛ لأن الثمن حق الموكل، ولذا إذا أداه إليه المشترى ابتداء برئ استحسانا لأن توسط الوكيل غير ضرورى فى إيصال الحق إلى صاحبه . وإذا كان وكيلا بالشراء لم يجبر على مطالبة البائع بتسليم المبيع، وله التخلى عن ذلك وإحالة موكله به على البائع، وله بعد انتهاء العقد مطالبة موكله بأداء الثمن إليه وإن لم يكن قد دفعه إلى البائع متى كان حالا حتى يؤديه إليه تبرئة لذمته. وإذا كان قد تسلم المبيع وقد اشتراه بثمن مؤجل لم يكن له أن يمتنع عن تسليمه إلى موكله، إذ لا موجب لحبسه عنه

عندئذ. وإن كان قد اشتراه بثمن حال كان له أن يحبسه عن موكله حتى يؤدى إليه الثمن وإن لم يكن قد دفعه من ماله إلى البائع عند أئمتنا الثلاثة؛ لأنهم يرون أن بين الوكيل بالشراء وموكله مبادلة حكمية له بمقتضاها أن يحبس المبيع عن موكله حتى يدفع ثمنه الحال. فإذا حبسه لذلك فهلك عنده فإنه يهلك بالثمن فيسقط عن الموكل ويلتزم به الوكيل فى ماله للبائع، شأنه فى ذلك شأن البائع إذا حبس المبيع عن المشترى فهلك عنده. فإن الثمن يسقط عن المشترى، وإلى هذا ذهب الطرفان. وذهب أبو يوسف إلى أنه يهلك بأقل المبلغين: قيمته وثمنه؛ لأن الوكيل قد حبسه ضمانا لما يطلب، والضمان فيه بقدر قيمته إذا ما ساوت الثمن أو قلت عنه فيهلك بها. أما إذا زادت فإن الزائد منها على الثمن حكمه حكم الأمانة فيهلك عندئذ بالثمن. وقال زفر: ليس بينهما مبادلة ما، ولذا لايحبسه ويكون متعديا إذا حبسه، فإذا هلك هلك بقيمته فى الحالين. أما إذا هلك المبيع فى يد الوكيل قبل حبسه فإنه يهلك هلاك الأمانة اتفاقا لأنه كالوديع.

انتهاء الوكالة

تنتهى الوكالة بما يأتى:

(١) بمباشرة الموكل التصرف الذى وكل به وكيله قبل مباشرة الوكيل له، إذ بذلك لايكون له عمل فينعزل بذلك وإن لم يعلم به.

(٢) بقيام الوكيل بتنفيذ ما وكل به لانتهاء محل وكالته فتنتهى وكالته بذلك.

(٣) بهلاك العين الموكل بالتصرف فيها كأن يكون وكيلا ببيع دابة فتهلك أو تستهلك. وكأن يكون وكيلا بشراء منزل بهذه النقود [1] فينفقها الموكل بعد أن

---

(١) قال صاحب الأشباه والنظائر: لاتتعين النقود فى النذر والوكالة قبل أن تسلم إلى الوكيل أما بعد تسليمها إليه فتتعين عند بعض الفقهاء، وذهب عامة المشايخ إلى أنها لاتتعين كذلك. وتتعين فى الأمانات والهبة والصدقة والشركة والمضاربة والغصب، وقال الحموى تعليقا على ذلك: تتعين النقود بالتعيين فى الوكالة، ولو هلك النقد فى يد الوكيل انعزل اهـ . ص١٥٨ من الفن الثالث. وراجع جامع الفصولين فى «ج٢ص١٦٥» من الفصل السابع عشر. وفى الزيلعى: إن النقود تتعين فى الشركة والهبة والوصية، ولاتتعين فى المضاربة والوكالة قبل القبض، ولكن تتعين فيهما بعد قبضها وقبل الشراء بها لتعينها حينئذ بالقبض فإذا هلكت بطل العقد «ج٣ ص٣١٩».

=

يسلمها إليـه، أو تسرق من الوكيل، أو ينفقهـا الوكيل فى حاجته كـما فى جامع الفصـولين، فإنه ينعزل فى هـذه الأحوال لانتهاء مـحل وكالتـه وإن لم يعلم بهذا الهلاك أو الاستهلاك.

(٤) بخروج الوكيل عن أهلية الوكالة كـأن يجن جنونا مطبقا، وهو مايدوم شهرا عند الطرفين وعليه الفتوى، أما إذا حجر عليه للسفه فلا ينعزل.

وينعزل الوكيل بخروجه عن أهليـته وإن لم يعلم الموكل بذلك، فإذا تصرف بعد خروجه من الأهلية كان تصرفه باطلا.

(٥) بخروج الموكـل عن أهليته للـتصرف الذى وكل به، فـإذا جن أو توفى انعزل وكـيله،وإن لم يعلم بذلك العارض، فـإن تصرف بعده قـبل أن يعلم به لم ينفذ تصـرفه، وإذا حجر عليـه للسفه، وكـان قد وكله بتبرع انعـزل كذلك؛ لأنه أصبح غير أهل لذلك التصرف. وإن كـان قد وكله بطلاق أو زواج لم ينعزل لبقاء أهليته.

(٦) إذا عـزله الموكل من الوكـالة لأنهـا عقـد غـيـر لازم لكل من الطرفين فسخه[1] ولكنه لاينعـزل إلا إذا علم بذلك، حتى لايناله الضـرر من إبطال ولايته

= يستفاد مما تقدم ان النقود لاتتعين فى الوكالة قبل تسليمها إلى الوكيل، اما بعد تسليمها إليه فتتعين، لانها تصير حينئذ امانة، وهذا الحكم الاخيـر محل خلاف. وفى الولوجيـة إذا أنفق الوكيل الدراهم التى وكل بأن يشترى بها على نفسـه ثم اشترى بدراهم من عنده يكون مايشتـريه له لموكله. لبطلان الوكالة بهلاك الدراهم، ذلك لان الوكـالة تعلقت بدراهم مدفـوعة إلى الوكـيل بعينهـا اهـ ـ ولاشك أن هذا الحكم محل نـقد، لا لايعنى الموكل إلا تنفيذ ما طلب من شراء، وذلك ميسور للوكيل بما لزمه عوضا عما انفق، ولافرق بين دراهم واخرى.أما لو استهلكها الموكل وهى لدى الوكيل فـالامر ظاهر، إذ يعد هذا إنهاء للوكـالة وقد لايكون لديه غيرها لشراء مايرغب. والنتيجة ان النقود قبل تسليـمها إلى الوكيل لاتتعين اتفاقا، فإذا وكله بأن يشترى بهذه النقود منزلا وقبل ان يسلمها إليـه سرقت او صرفها فى حاجته فالوكالة باقيـة، وإذا اشترى الوكيل المنزل بعد ذلك كان للموكل، امـا إذا سلمها إلى الوكيل فهناك قـولان: قول بانها تتعين فإذا سرقت انتـهت الوكالة فإذا اشترى المنزل بعد سرقتها كان المنزل له لا للموكل. وقول لاتتعين وهو قول عامة المشايخ ولكن مع هذا تنتهى الوكالة ايضا بضياعهـا، لان العرف يقضى بتوقيت الوكالة ببقائها، فإذا سـرقت وفقدت انتهت الوكالة، وإذن فلا فرق بين القولين فى النتيجة، راجع جامع الفصولين من الفصل السابع عشر.

(١) فى حاشـية الدسوقى على شـرح الدردير «ج٣ ص٣٩٧» إذا كان الزوج وكيلا لزوجتـه فطلقهـا انعزل بخلاف ما إذا كانـت وكيلة لزوجها فطلقها فـإنها لاتنعزل بذلك إلا إذا علم من زوجها كراهة بقـائها وكيلة، وإنما انعزل من وكالتها فى الحال الاول. بمجرد الطلاق؛ لانه يورث كراهيتها له عادة فينعزل لذلك.

وتضمينه قيمة المبيع مثلا إذا باعه بعد عزله وسلمه للمشترى فهلك، فإذا تصرف الوكيل بعد عزله قبل أن يعلم نفذ تصرفه على موكله، وذهب الشافعى إلى أن الوكيل ينعزل قبل العلم بعزله على أصح القولين بخلاف القاضى. «ص٢٢٣ أشباه للسيوطى».

(٧) إذا أخرج الوكيل نفسه من الوكالة، وذلك لما تقدم من أنها عقد غير لازم، ولكنه لايخرج إلا إذا علم الموكل بذلك حتى لايناله الضرر وهو التغرير به، فإذا تصرف قبل علمه نفذ عليه[1].

محل انعزال الوكيل فى الأحوال الثلاثة الأخيرة (بالسبب الخامس والسادس والسابع) إذا لم يتعلق بالتوكيل حق لغير الموكل، فإذا تعلق به حق لغيره لم ينعزل إلا برضاه، حتى لايضيع على صاحب الحق حقه، وذلك كالوكيل بالخصومة عن أحد الخصمين بطلب خصمه الآخر، والوكيل ببيع الرهن. وعليه إذا رهن المدين ماله عند الدائن فوكله ببيعه عند حلول أجل الدين حتى يستوفى من ثمنه، أو وكل شخصا آخر بذلك لم ينعزل ذلك الوكيل بعزل الموكل له، كما لاينعزل بإخراج نفسه أو بخروج الموكل من الأهلية إلا برضا صاحب الحق حتى لايناله ضرر. وأما إذا جن الوكيل أو توفى فلا يمكن بقاء وكالته حينئذ.

(١) وذهب الشافعى إلى أنه ينعزل بمجرد عزله لنفسه وإن لم يعلم موكله . نهاية «ج٥ ص٥٥».

خلاصة الباب

الوكالة : إقامة الإنسان غيره عن نفسه فى تصرف مملوك له معلوم، وركنها الإيجاب والقبول، ولايجب لهما اتحاد المجلس، وإذا كانت عامة كما فى: أنت وكيلى فى كل شىء، لم تعم التبرعات والإسقاطات استحسانا.

وتقبل التقييد بالشروط والتعليق عليها والإضافة، والتقييد قد يكون صريحا مثل: لاتبع إلا بكذا، وقد يكون بمقتضى العرف، فيمتنع على الوكيل بالبيع أن يبيع بالعروض أو أن يبيع لمفلس، أو بغبن فاحش، أو أن يتصرف مع نفسه أو مع موليه. وإذا قيد بقيد لم يجز له الخروج عنه إلا إلى خير منه للموكل.

ويشترط فى الموكل أن يكون مالكا لما وكل به، فيجوز توكيله فيه إلا استيفاء القصاص وهذا إن عمل لنفسه، فإن عمل لغيره وكان وكيلا لم يوكل غيره فيما وكل فيه إلا بإذن من موكله أو بتفويض منه، وعندئذ يكون من يوكله وكيلا عن موكله لا عنه، وإن كان وصيا أو وليا أو ناظرا على وقف كان له التوكيل بدون قيد.

ويشترط فى الوكيل أن يكون مميزا، ويشترط فى الموكل به أن يكون معلوما جائزا.

وإذا تعدد الوكيل فإن كان بعقد واحد لم يجز الانفراد بالتصرف إلا فيما لايحتاج فيه إلى الرأى، كرد الودائع، وإن كان كل وكيل بعقد مستقلا كان لكل وكيل أن ينفرد بالتصرف.

وحكم عقد الوكيل حكم عقد الموكل، فكأن الموكل قد باشره نفسه. ولذا يكون نافذا إن نفذ عند مباشرة الموكل له، وموقوفا إن وقف عند مباشرة الموكل وهكذا.

والفرق بين الوكيل والرسول: أن الوكيل يتصرف بإرادته وعبارته، والرسول يتصرف بعبارته فقط، أما الإرادة فلموكله. وينقلب الوكيل رسولا إذا تعاقد فأضاف العقد إلى موكله؛ لأنه بذلك قد تخلى عن عهدته، ولاينقلب الرسول وكيلا أبدا.

أما إذا لم يضف العقد إلى موكله، وإنما أضافه إلى نفسه. فإن كان العقد من العقود التي لاتتم إلا بالقبض، وكان فيه وكيلا عن المملك كان حكم العقد وحقوقه راجعة إلى الموكل وكان الوكيل فى حكم الرسول، وإن كان فيه وكيلا عن المتملك كان الوكيل أصيلا ووقع العقد له لا لموكله. وذلك كأن يكون وكيلا عن الموهوب له مثلا أو عن الزوج. وإن كان العقد من عقود المعاوضات كالبيع والإجارة، فإن الحكم عندئذ يكون للموكل، ولكن الوكيل يلتزم بالحقوق.

والوكالة عقد غير لازم، ولذا لايجبر الوكيل على المضى فيها كما لايجبر على ذلك الموكل. وتنتهى وكالة الوكيل بهلاك العين الموكل بالتصرف فيها وبقيام الموكل بتنفيذ ما وكله به، وبخروج الوكيل من أهليته بموت أو جنون أو عته.

وإذا لم يتعلق بالوكالة حق للغير انتهت كذلك بخروج الموكل من أهليته بموت أو جنون، وبعزل الموكل إياه وبعزله لنفسه، غير أن العزل لايفيد أثره إلا عند علم العاقد الآخر به.

- باب عقد الفضولى

الفضل: الزيادة وجمعه فضول، وقد استعمل الجمع (استعمال المفرد) فيما لا خير فيه فسمي فضولا، ونسب إليه، فقيل فضولى: لمن يشتغل بما لايعنيه، كما اشتق منه فضالة على وزن جهالة واستعملت فى اشتغال المرء بما ليس له.

التعريف بالفضولى: المعنى اللغوى أساس الاستعمال الشرعى، فإن الشرعيين يريدون بالفضولى من يتصرف تصرفا لا شأن له به، وليست له ولاية إصداره، كمن يبيع ملك غيره من غير إذن منه، أو ولاية عليه، أو يرهنه أو يؤجره أو يزوج غيره بدون إذن منه، أو يطلق زوجته كذلك ، فهذا التصرف منه فضالة، وهو فيه فضولى.

حكم ما يباشره من العقود: إذا تولى الفضولى عقدا من العقود كان موقوفا على إجازته ممن له الشأن فيه [1] فإن باع أو أجر أو رهن كان موقوفا على إجازة مالك المبيع أو العين المستأجرة أو المرتهنة. وإن زوج كان موقوفا على إجازة من زوجه، وإن طلق كان الطلاق موقوفا على إجازة الزوج، وإن وهب شيئا كانت الهبة موقوفة على إجازة مالك هذا الشيء، وهكذا، فإن أجاز نفذ ذلك التصرف فتم البيع والرهن والزواج والإجارة، ووقع الطلاق من وقت إنشائها. وتمت الهبة إذا أعقبها التسليم من حينه، وإن رفض بطل.

وتوقف عقد الفضولى على الإجازة ممن له الشأن فيه مشروط بشرطين:

الأول - ألا يجد العقد نفاذا على الفضولى نفسه بألا يكون فى الإمكان تنفيذه عليه، فإن وجد نفاذا ولم يجزه من له الشأن فيه نفذ على الفضولى، ولزم إن كان لازما،وذلك كالشراء، فإذا اشترى الفضولى عينا من الأعيان لشخص كان الشراء نافذا على الفضولى نفسه إذا لم يرض به ذلك الشخص لنفسه؛ لأن الفضولى ملتزم بالعقد أمام البائع، ولا يسأل أمام البائع غيره، وفى الإمكان إلزامه

---

(١) ولا يشترط فى ذلك أن يكون ما يباشره الفضولى ذا منفعة لمن عمل له؛ لان عمل الفضولى غير ملزم ولصاحب الشأن أن يزنه، فإن رأى إجازته فى مصلحته أجازه.

باعتباره مشتريا لنفسه، فينفذ العقد عليه ويلزم به، وكذلك إذا استأجر[1]. أما إذا باع ملك غيره لم يكن فى الإمكان إلزامه بذلك العقد إذا لم يجزه ذلك الغير؛ لأن نفاذه يستلزم الإضرار به. وذلك ببيع ملكه من غير رضاه: فلا ينفذ هذا العقد على أحد، ولذا يتوقف على إجازة مالك المبيع، فإن أجازه نفذ وإن رفضه بطل.

الثانى - أن يكون لذلك العقد مجيز وقت إنشائه، كأن يبيع عقار إنسان صغير أو كبير بمثل القيمة، فإن لمالكه إن كان رشيدا حق إجازته وقت صدوره من الفضولى، ألا ترى أنه يملك أن يتولى بنفسه هذا العقد؟ ولوليه إذا كان صغيرا كذلك حق إجازته لنفس السبب، فلأجل هذا كان عقد البيع موقوفا على الإجازة، إن أجيز نفذ وترتبت عليه جميع آثاره من انتقال ملك المبيع إلى المشترى وانتقال ملك الثمن إلى البائع «المجيز»، وهكذا. وإن رفض بطل، ولكنه لو باع عقارا للصغير بغبن فاحش. أو طلق زوجته، أو وهب ماله، كان العقد باطلا، فلا تصححه إجازة؛ ذلك لأن هذا العقد ليس له مجيز وقت إنشائه، فإن إجازته إما أن تكون من الصغير، والصغير ليس أهلا لإنشائه فى ذلك الوقت لصغره، وإما أن تكون من وليه؛ وهو أيضا لا يملكه؛ لأنه تصرف ضار فلذلك يصدر باطلا [2].

---

(١) وليس هذا خاصا بالفضولى، بل يعم الوكيل إذا خرج عما قيد به، والولى إذا تعدى حدود ولايته بأن رضى بالغبن الفاحش؛ لأنهم جميعا يعتبرون بتجاوزهم حدود ولايتهم فضوليين أو فى حكم الفضوليين. راجع الأشباه والنظائر وحاشية الحموى عليه «ج١ص ٣٢٣» من كتاب البيع من الفن الثالث. وإنما ينفذ العقد على الفضولى فى هذه الحال إذا لم يضف فى كل من الإيجاب والقبول إلى من كان العقد له، وهو الشخص الذي يعمل له الفضولى سواء، احلا كل متميد من الإضافة إليه، كأن يقول الفضولى: اشتريت هذا الشيء بكذا، ويقول المالك بعته. أم حصلت الإضافة من أحدهما فقط كأن: يقول الفضولى: اشتريت منك هذا الشيء بكذا لفلان، ويقول المالك: بعت، أو المالك: بعته لك بكذا لأجل فلان. فيقول المشترى قبلت، أما إذا حصلت الإضافة فى كل منهما، كأن يقول الفضولى : اشتريت منك هذا الشيء بكذا لفلان فيقول المالك: بعته له، فإن العقد حينئذ لا ينفذ على الفضولى، هكذا فى البدائع من كتاب البيع ص١٥١ وأرى أن هذا محل للنقد؛ لأن الإضافة إذا كانت فى الإيجاب ثم حصل القبول بناء عليه فإن جميع ماذكر فى الإيجاب يجعل كأنه مذكور فى القبول؛ لأنه موافقة على الإيجاب وماحواه، كما هو ظاهر. فإذا لم يوافقه لم ينعقد العقد. وعلى ذلك إذا حصلت الإضافة فى الإيجاب كانت كذلك حاصلة فى القبول، فلا ينفذ العقد على الفضولى حينئذ، ولاينفذ عليه إلا عند عدم إضافة الإيجاب إلى غيره.

(٢) كون هذا العقد باطلا لايتفق وماجعله الحنفية مناطا للبطلان؛ لأن هذا العقد لاينقصه إلا ولاية عاقده ولايترتب على فقد الولاية البطلان ولا الفساد بل اعتبار العقد موقوفا. ولو أنهم جعلوه فاسدا لأنه عقد منهى عنه من الشارع لعدم المصلحة فيه لكان أقرب. فقد قال تعالى: ﴿ولاتقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن﴾ وإلى هذا ذهب بعض الحنفية فقال: إن تصرف الولى إذا كان ضارا بالصغير فاسد لا باطل، وقد يمكننا أن نؤول قول من جعله باطلا بأنه يريد أنه كالباطل من ناحية أنه لايصح أصلا ولايترتب عليه أثر حتى إذا كان بيعا بغبن فاحش لم يفد الملك بالقبض، ومن هذا ترى أنه عقد فاسد له حكم الباطل، وذلك ما دعا إلى وصفه بالبطلان.

ولذلك لو بلغ الصبى بعد ذلك لم يكن له إجازته، وإن أمكنه حينئذ أن يتولاه لأنه لم يكن له مجيز وقت إصداره، فيصدر باطلا، والباطل لاتلحقه إجازة.

واعتبار عقد الفضولى صحيحا موقوفا على الإجازة هو قول أبى حنيفة وصاحبيه وهو رواية عن أحمد[1] بن حنبل ومالك بن أنس. وروى أيضا عن مالك مشروطا بأن يكون العقد عقد معاوضة كالبيع والإجارة. أما إذا كان تبرع كالهبة والوقف فإنه يقع باطلا.

وخالفهم الشافعى فذهب إلى أن عقود الفضول كلها باطلة، فلا تصححها الإجازة إذا صدرت، وإذا أراد ذو الشأن إنفاذها لزمه أن يجدد العقد.

ويرجع الخلاف بين الحنفية والشافعية فى ذلك إلى خلافهم فى تحقق العقود ووجودها، فالشافعية لايرون أن آثار العقد تنفك عنه، فإذا وجد وجدت آثاره وترتبت عليه، فإذا لم تترتب عليه آثاره لم يكن موجودا. ولايوجد إلا إذا صدر عن ذى أهلية وولاية معا، فإذا لم يكن مباشره ذا ولاية لم يوجد العقد، وعلى هذا ذهبوا إلى القول ببطلان العقود الصادرة من الصبى المميز والفضولى ومن فى حكمهما كالسفيه، ويستدلون على ذلك بقوله ﷺ لحكيم بن حزام[2] وقد سأل رسول الله ﷺ، قلت - يارسول الله، يأتينى الرجل فيسألنى من البيع، وليس عندى ما أبيعه منه، ثم أبتاعه من السوق، فقال عليه السلام: «لاتبع ما ليس عندك» فقد كان حكيم يُسأل بيع ما ليس عنده فيبيعه، ثم يشتريه بعد ذلك ويسلمه لمشتريه، وقد سأل رسول الله عن ذلك فنهاه بقوله «لاتبع ما ليس عندك» أى ما ليس فى ملكك وحيازتك، وذلك ما يفعله الفضولى، فإنه يبيع ما ليس عنده. وهو بيع منهى عنه بهذا الحديث وأمثاله، وكل ماهو منهى عنه لايكون مشروعا، وما كان كذلك كان باطلا لايصح، ومثل البيع فى ذلك غيره من العقود لاشتراكها معه حينئذ فى عدم ولاية العاقد.

---

(١) والرواية الأخرى عن أحمد أنه باطل وعليها اعتمد صاحب كشاف القناع «ج٢ ص١١».

(٢) حزام (بكسر الحاء) وحكيم ابن أخى خديجة أم المؤمنين رضى الله عنها، له ٤٠ حديثا، ولد فى جوف الكعبة قبل عام الفيل بثلاث عشرة سنة وتوفى سنة ٥٤.

وذهب الحنفية إلـى أن وجود العقد منوط بصدوره من أهلـه فى محل قابل له، والفضولى أهل لإنشاء العقود، فإذا أنشأها فى محل قابل لها وجدت، وليس من اللازم أن ترتب عليها آثارها إثر وجودها مباشرة بل قد تتأجل إلى حين، كما فى العقـود المضافة والعـقود التى شرط فـيها خـيار، أما الولاية فـهى مناط نفاذه وترتب آثاره عليه، حتى لايضار بذلك أحد، ولذا تأخـرت آثار عقد الفضولى عنه حتى لايلتـزم صاحب الشأن بما لم يلتزم، فـإذا أجاز فقد رضى والتـزم بإجازته فتترتب عند ذلك الآثار مسـتندة إلى وقت صدور العقد. ولذلك تكون زوائد المبيع الحادثة بعـد العقد وقـبل إجازته ملكا لمشـتريه، ويستـدلون على ذلك بما روى أن رسول الله ﷺ أعطى عروة البارقى[1] دينارا ليشترى به شاة تـكون أضحية، فلما ذهب إلى السوق اشـترى شاتين بدينار، ثم باع إحـداهما بدينار، ورجع إلى النبى ﷺ بشاة ودينار، فأقره على ذلك ودعا له بالبركة فى بيعه. فقد كان عروة فضوليا فى شرائه الشاة الثانية ثم فى بيعها بعد ذلك[2]. ولو كان بيعه وشراؤه لها باطلين ما أقره النبى عليه. فيدل ذلك على أن عقده كان صحيحا متوقفا على الإجازة من الرسول، وقـد أجازه فنفـذ عليه. ومـثل البيع فى ذلك الحكم غـيره من العـقود لاشتراكها فى صدور العقد من أهله وإضافته إلى محله.

وفى القول بصحة عـقد الفضولى مصلحة لكل مـن الفضولى وذوى الشأن من غير أن يترتب عـليه ضرر ما، وليس مايمنع من ذلك شرعـا، فإن مالك المبيع

---

(١) هو عروة بن أبى الجعـد الأسدى، صحابى، نزل الكوفـة وولى القضاء بها لعـمر، وهو أول من قضى بها.

(٢) أعطى النبى ﷺ عروة دينارا ليشترى به شاة للأضـحية، فكان وكيـلا عن الرسول فى شراء شـاة غير معينة بدينار ليضحى بها، ولكنه اشترى شاتين بالدينار ثم باع إحداهما بدينار ورجع بشاة ودينار. ومن ظروف الحادثة نستنتج أن قيـمة كل شاة منهما كانت دينارا لأنه باع إحداهما بدينار فى نفـس الزمن واستبقى الأخرى تحقيقـا لرغبة الرسول التي لايخالفها، وإنما كـانت رغبته فى شاة قيمتـها دينار. ومقتضى قواعد الشـافعية أنه يكون وكيلا فى شراء هاتين الشاتين. كما إذا وكله أن يشترى له إردبا من القمح بثلاثة جنيهات فاشترى له بها إردبين. وبناء على ذلك يكون فضوليـا فى بيعه إحدى الشاتين بدون توكـيل سابق من الرسول بذلك، وتكون إجازة الرسـول لهذا البيع حين أخـبر به دليل أنه وقع صحيحا متوقفا على الإجـازة كما ذهب الحنفية، ويتم الاستدلال بذلك الحديث عـلى الشافعية، ومقتـضى قواعد مذهب أبى حنيفة أن عـروة وكيل فى شراء إحدى الشاتين فـضولى فى شراء الأخرى، فـينفذ الشراء عليـه فى الشاة الأخرى إذا لم يجزه الرســول له، وكذلك الحكم فى بيعـها، وقد أجاز الرسول شـراءها وبيعها فكان ذلك دليـلا على صحة البيع من الفـضولى وشرائه وتوقفهما على الإجازة.

الذى باعه الفضولى قد كفى مؤونة طلب المشترى وعرض السلعة، وإلى هذا توافر للمشترى وصوله إلى طلبه وحاجته دون انتظار حضور المالك ورأيه، كما توافر للفضولى صون كلامه عن الإلغاء، وماقصده من إعانته لغيره، وإنما تأخر الأثر إلى وقت الرضا حتى لايضار المالك بإلزامه بما لايرضى إذا تبين فيما بعد أنه لايرضى بذلك.

أثر الإجازة وشروطها : وإجازة عقد الفضولى تجعله وكيلا فى إصداره، وكأنه قد وكل بذلك قبل مباشرته، ولذا قال الفقهاء: الإجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة، فيصير العقد بها نافذا من وقت إنشائه، ويصير الفضولى وكيلا فيه عمن أجازه، إذا ما وكل غيره بمباشرة هذا العقد، ولذا تكون جميع زوائد المبيع مثلا ونماؤه للمشترى من وقت إنشاء عقد البيع، وتجب عليه كذلك نفقاته من ذلك الحين.

ولاتكون هذه الإجازة صحيحة إلا إذا توافر فيها الشروط الآتية:

(أ) أن تصدر حال حياة الفضولى إذا كان سينقلب بها وكيلا. وينقلب بها وكيلا فى عقود المعاوضات التى ترجع حقوقها إليه. كالبيع والإجارة، فإذا توفى الفضولى البائع أو الفضولى المؤجر لم يصح العقد بإجازته بعد ذلك من مالك المبيع ولا من مالك العين المؤجرة. أما العقود الأخرى التى يعتبر فيها بالإجازة سفيرا ومعبرا ولاينقلب بها وكيلا ترجع حقوقها إليه فيصح أن تجاز بعد وفاته، كعقد الزواج وما ماثله من كل عقد يعتبر فيه الوكيل سفيرا ومعبرا. وعلى ذلك إذا زوج فضولى امرأة ثم توفى كان للزوجة أن تجيز هذا العقد بعد وفاته فينفذ بإجازتها ويلزم؛ وذلك لأن الفضولى فى هذه العقود كالوكيل فيها من ناحية أن حكمه حكم الرسول، تنتهى مهمته بانتهاء عبارته، ولذا لايملك إبطالها بعد مباشرته إياها. أما عقود المعاوضات فلا تنتهى مهمته فيها بانتهاء عبارته لأن مباشرته إياها عند إجازتها أن يقوم على حقوقها وتنفيذها بعد مباشرتها.

(ب) أن تصدر كذلك فى حياة العاقد الآخر حتى يظهر نفاذها فى حقه، فيطالب بما أوجبته له من حق، ويطالب بما أوجبته عليه من واجب، فلا تصح إجازة بيع الفضولى بعد وفاة المشترى ولا إجازة إنكاحه بعد وفاة الزوج وهكذا.

(جـ) أن تصدر حال بقاء محل العقد حتى يظهر فيه أثره عند صدورها، فلا تصح إجازة البيع بعد هلاك المبيع؛ لأنه يترتب على الإجازة نفاذ العقد. ونفاذه بظهور أثره في محله، ولايظهر أثره في معدوم. فلا تصح لذلك الإجازة.

فسخ عقوده قبل إجازتها: ومما تقدم يتبين لك أن الفضولي إذا باشر عقدا من العقود اللازمة التي تتوقف على الإجازة لم يلزم إلا بعد إجازته، أما قبلها فهو غير لازم. ولذا يصح في هذه الحال من الفضولي وممن عقد له أن يبطله بعد قبول العاقد الآخر له، كما يصح لذلك العاقد أن يبطله بعد قبوله. غير أن الفضولي ليس له هذا الحق إلا في عقود المعاوضات.

أما جواز إبطاله من ذوي الشأن فيه، فلأنه بالنسبة إليهما عقد لم يتم لعدم تحقق الرضا به من أحدهما، ولعدم تمامه لم يتحقق به التزام منهما؛ ذلك لأن أحدهما - وهو من عمل له الفضولي - لم يلتزم به، والآخر قد علق التزامه به على رضا الأول به، وذلك بإجازته ولم يتم ذلك، وأما جواز إبطاله من الفضولي فلأنه يترتب على نفاذه بالإجازة إلزام الفضولي بحقوقه باعتباره وكيلا فيه كما قدمنا، فكان له أن يتجنب ذلك بإبطال العقد حتى لايلتزم بما لا يريد أن يلتزم به من حقوق، ولهذا لم يكن له هذا الحق إلا في العقود التي ترجع إليه حقوقها عند الإجازة وهي عقود المعاوضات، أما العقود التي لاترجع إليه حقوقها عند الإجازة، بل تنتهي مهمته بانتهاء عبارته فلا يقبل منه أن يبطلها، كالنكاح، وقد أخذ التشريع الوضعي برأي الحنفية.

خلاصة الباب

الفضولي: من يباشر تصرفا من غير ولاية. كمن يبيع مال غيره بدون ولاية عليه، وعقده صحيح موقوف على إجازة ذى الولاية، فإن أجازه نفذ، وإن رفضه*بطل. وذلك إذا توافر فيه شرطان:

الأول - ألا يجد العقد نفاذا على الفضولى نفسه إذا ما رفضه ذو الولاية عليه والشأن، وذلك كالبيع والإجارة، فإن وجد نفاذا كالشراء والاستئجار وقع صحيحا نافذا، وأما لمن عقد له عند إجازته. وإما للفضولى عند رفضه؛ وذلك لإمكان اعتباره مشتريا لنفسه أو مستأجرا لنفسه، إذ لا ضرر على غيره فى ذلك، وقد التزم بتعاقده.

الثانى - أن يكون للعقد مجيز عند إنشائه، ومعنى ذلك: أن يكون لذى الشأن فيه والولاية حق مباشرته، فإن لم يكن له ذلك لم يتوقف وبطل، وذلك كأن يبيع الفضولى مال الصغير بغبن فاحش أو يهب ماله.

وإجازة عقد الفضولى تجعل الفضولى فى حكم الوكيل عند مباشرته، ولذا قيل: «إن الإجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة» ولذا ينفذ العقد من وقت إنشائه، حتى إذا كان للمبيع زوائد فيما بين إنشائه وإجازته كانت للمشترى.

ولكى تكون الإجازة صحيحة، يجب أن يتوافر فيها ثلاثة شروط:

الأول - أن تصدر حال حياة الفضولى إذا كانت لعقد من عقود المعاوضات التى ينقلب بها الفضولى وكيلا، إذ سيترتب عليه رجوع حقوق العقد إلى الفضولى، فوجب أن يكون حيا حتى يطالب بها. أما فى غيرها فيصح أن يصدر بعد وفاته كما فى عقد الزواج إذ إن مهمته تنتهى بانتهاء عبارته.

الثانى - أن تصدر فى حال حياة من تعاقد معه الفضولى حتى يظهر نفاذ العقد فى حقه، فلا يصح إجازة البيع أو الزواج بعد وفاة ذلك العاقد.

الثالث - أن تصدر حال بقاء محل العقد. فلا تصح بعد هلاك المبيع فى عقد البيع ولا بعد وفاة الزوجة فى عقد الزواج، لكى يظهر أثر العقد فى المحل عندها.

هذا ماذهب إليه الحنفية. ويرى الشافعية أن عقد الفضولى باطل فى جميع الحالات، وعقد الفضولى قبل إجازته غير لازم. فلصاحب الشأن فيه إبطاله كما قدمنا، وللعاقد الآخر كذلك إبطاله عندئذ؛ لأن التزامه معلق على قبول الآخر وإجازته، ولم يتم ذلك. أما الفضولى فليس له إبطاله إلا إذا كان عقدا من عقود المعاوضات، حتى يخرج بذلك من تبعة رجوع الحقوق إليه عند الإجازة.

باب العقد يباشره شخص واحد

علمنا مما مضى أن بعض أنواع الالتـزامات قد تتم من جهة واحدة. فـتنعقد لذلك بعبـارة واحدة صادرة من الملتـزم. وذلك كما فى الوقف والطلاق والعـتاق والرجـعة والإبراء والوصـية لمن لا يتـأتى منهم القبـول كالفـقراء والمـستـشفـيات والمساجد، فكل هذه الالتزامات تتم بعبارة الملتزم دون أن تتوقف على عبارة تصدر من شخص آخر، وإن كان بعضها يرتد بالرد، لما فـيه من معنى التمليك، كما فى الإبراء عند الحنفية.

وكذلك عـرفنا أن العقـود التى يتوقف وجـودها شرعـا على توافق إرادتين يتوقف انعقادها على صدور عبارتين دالتين علي وجود هاتين الإرادتين وتوافقهما، ولذا كان إنشاؤها نتيـجة لتعاقد شخصين يكون من أحـدهما الإيجاب ومن الآخر القبول، كما فى البيع والإجارة والنكاح وما إليها.

وكذلك تبينا أن العاقد قد يكون عاقـدا لنفسه فيكون أصلا فى تصرفه، وقد يكون عاقدا لغيره نيابة عنه فيكون وكيلا أو وليا. وإذن يجوز أن تتعدد صفة العاقد فيباشر العقـد لنفسه ولغيره فى آن واحد. فيكون فيه أصيلا بالنسـبة لنفسه، ووكيلا أو وليا بالنسبـة لغيره، كما قد يكون فـيه وليا على طرفيه أو وكيـلا على طرفيه، مثال ذلك: أن توكل امرأة شخصا فى أن يزوجها بنفسه، فيقول: تزوجتها، أو أن يكون لشخص ابنة عم تحت ولايته فيقـول: زوجتها بنفسى، أو أن يكون لشخص صبى وصبية تحت ولايتـه وهما ابنا عم وهو عمهما الولى عليهـما فيقول: زوجت هذه الصبية بهذا الصبى، أو أن يوكل شخص آخر فى أن يزوجه بفلانة وتوكله هى أيضا فى أن يزوجها بهذا الشخص، فيـقول الوكيل عنهما : زوجت موكلتى فلانة بموكلى فلان. ففى كل هذه الصور لم يوجد إلا عـبارة واحدة من شخص واحد. ولكنها مع ذلك تدل على وجـود إرادتين متوافقتين؛ لأنهـا صادرة من شخص ذى صفتين. فباعتبار صدورها منه على أنها له تدل على وجود إرادته ورغبته فى إنشاء العقد. فقامت مقام الإيجاب وهى نفـسها باعتبار صدورها منه على أنه وكيل عن آخر مثلا تدل على وجود إرادة للموكل فى إنشاء هذا العقد، فقامت مقام القبول، وإذن يرى أنها فـى الاعتبـار إيجاب وقـبول فى آن واحد. وبـذلك تم الارتباط،

ويوجد عقد الزواج بعبارة واحدة صادرة من شخص واحد وقائمة مقام كل من الإيجاب والقبول. ومرجع ذلك إلى قيامه مقام شخصين وقيام عبارته مقام عبارتين. وهذا ماذهب إليه الحنفية خلافا لزفر والشافعى، فإنهما قالا: إن مثل هذا العقد لايتم بعبارة واحدة، إذ لا يتصور أن يكون العاقد الواحد مُمَلَّكا ومُمَلِّكا [1]؛ لأن التمليك نسبة تقتضى وجود طرفين أحدهما مملِّك والآخر مُمَلَّك وقد أجيب عن ذلك بأن طرفى النسبة موجودان فعلا، ومن أحدهما كان التمليك بواسطة من قام مقامه وللآخر تم التملك بهذه الواسطة، وقد ورد الأثر دالا على صحة هذا العقد، فقد روى عن رسول الله ﷺ أنه قال لرجل: «أترضى أن أزوجك فلانة؟» قال: نعم، وقال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلانا؟» قالت: نعم، فزوج أحدهما بصاحبه،وهو فى العقد كان وكيلا عن كل منهما. غير أن أبا حنفية ومحمدا اشترطا لذلك أن يكون العاقد ذا ولاية من الجهتين، حتى تكون إرادته بهذه الولاية إرادة لكل من الجهتين، فلو كان ذا ولاية عن إحداهما وفضوليا بالنسبة للأخرى لم ينعقد عقد الزواج، خلافا لأبى يوسف. احتجا بأن العاقد إذا كان فضوليا بالنسبة لأحد الطرفين لم تكن عبارته قائمة مقام عبارتين؛ ذلك لأنها لاتدل حينئذ إلا على وجود إرادة واحدة، فإنه لو كان فضوليا بالنسبة للزوج ووكيلا عن الزوجة فإن إرادته حينئذ هى نفسها إرادة الزوجة، وعندئذ لايكون إلا إرادة واحدة هى إرادة العاقد وهى فى الوقت نفسه إرادة الزوجة، ولاتكون عبارته دالة على غيرها. فلا تقوم مقام عبارتين دالتين على وجود إرادتين مستقلتين. واحتج أبو يوسف بأن العقد تم بين شخصين: فضولى ووكيل اتفاقا، وذلك يقتضى أن يتم بعبارة شخص هو فضولى بالنسبة لجانب ووكيل عن الجانب الآخر؛ لأنه يعتبر كأنه حدث بين فضولى ووكيل، ففى الحالين توجد عبارة الفضولى المعبر عن إرادته الخاصة، وهى بنفسها تعتبر عبارة صادرة من الموكل معبرة عن إرادته الخاصة ـ فى إحدى

---

(١) قال السيوطى فى الأشباه والنظائر: اتحاد الموجب والقابل ممنوع إلا فيما يأتى:

١ ـ الأب والجد فى بيع مال الطفل لهما وبيع مالهما للطفل وكذا فى الهبة والرهن.

٢ ـ تزويج الجد بنت ابنه بابن ابنه الآخر على الأصح.

٣ ـ إذا تزوج الإمام بمن لا ولى لها.

٤ ـ إذا وكله بالبيع وأذن له فى البيع من نفسه وقدر له الثمن ونهاه عن الزيادة عند بعض الشافعية لانتفاء التهمة.

الصورتين - وتوجد معها فى الصورة الثانية عبارة الوكيل المعبرة عن إرادة الموكل الخاصة. وليس يضير أن تصدر العبارتان أو العبارة الواحدة القائمة مقامهما فى إحدى الصورتين - وهى أن يقوم بالعقد شخص واحد هو فضولى ووكيل - من شخص واحد، إذ إنها قد صدرت منه باعتباره ذا صفتين مختلفتين.

ورد ذلك بأن العقد حين يتم بين فضولى ووكيل يكون قد تم بعبارتين وإرادتين لشخصين، فكان لكل منهما عبارة وإرادة مستقلة عن الأخرى، بخلاف ما إذا قام به شخص واحد هو فضولى ووكيل كما قدمنا. فإنه لايوجد فى الواقع إلا إرادة واحدة هى إرادة المباشر للعقد، وقد أمكن أن نجعلها كذلك إرادة لشخص آخر حتى يتم العقد بالإرادتين، فبطل لذلك العقد؛ لأن الموجود أحد شطريه فقط. بخلاف ما إذا كان المباشر للعقد وكيلا عن الجانبين فإن إرادته الوحيدة أمكننا أن نجعلها بوساطة وكالته عن أحد العاقدين إرادة له، وبوساطة وكالته عن العاقد الآخر إرادة له أيضا، فكان لدينا إرادتان لشخصين هما الموكلان فيتم بهما العقد، ولو صح ما ذكره أبو يوسف لم يمكن أن يوجد فى وقت ما شطر واحد من عقد إذ يمكن اعتبار أية عبارة تصدر من شخص واحد فى قوة عبارتين صادرتين من فضوليين فيصح لذلك العقد. والنتيجة: أنه لابد لإنشاء العقد عند الطرفين من وجود عبارتين حقيقيتين من شخصين، أو وجود عبارة واحدة من شخص تقوم مقام عبارتين من شخصين آخرين بواسطة الولاية، خلافا لأبى يوسف.

وكان مقتضى ما ذكرنا أن ذلك كما يجوز فى عقد النكاح يجوز فى عقود المعاوضة كالبيع، ولكنهم ذكروا أن عقود المعاوضة لاتنعقد إلا بين شخصين حقيقيين يصدر من أحدهما الإيجاب ومن الآخر القبول. ولاتتم بعبارة واحدة، والسبب فى ذلك: أن كل طرف فيها يستفيد منها آثارا خاصة، وما يستفيده أحدهما من الآثار يتنافى مع ما يستفيده الآخر منها، وإن حقوقه ترجع إلى من يباشرها وهى حقوق متعارضة، فما يرجع منها لأحد العاقدين يتعارض مع مايرجع إلى العاقد الآخر، فلا يصح أن ترجع كلها إلى عاقد واحد، فلو أن عقد البيع يتم بعبارة شخص واحد باعتباره وكيلا عن الطرفين مثلا لكان باعتباره وكيلا عن البائع مطالبا بتسليم المبيع ومطالبا بالثمن، وباعتباره وكيلا عن المشترى مطالبا بالاستيلاء على المبيع ومطالبا بأداء الثمن، ولايتأتى أن يكون الشخص الواحد

مطالَبـا ومُطالبًا بشيء واحـد فى آن واحـد، فلذلك لاتنعقـد هذه العقـود بعبـارة شخص واحدَ [1]. وهذا بخلاف عقـد النكاح. فإن الحقوق فـيه لا ترجع إلى من باشره، ولكن ترجع إلى طرفيه وإن باشره عنهما واحد، لأنه يعـتبر سفيرا عنهما. وتنتهى بمهمته بانتهاء العبارة [2].

---

(١) ومع هذا فقـد استثنى الفـقهاء من ذلك الأب إذا باع مـاله لولده الذى تحت ولايته أو اشـترى منه ماله لنفسه، أو باع مال أحد ولديه للآخر وهما تحت ولايـته، ومثل الأب فى ذلك الجد. وكذا الوصى المختار عند بعض العلماء إذا تصرف لنفسه، فينعقد البيع فى مثل هذه الصور بعبارة واحدة تصدر من الأب أو من الجد أو من الوصى المختار مع مراعاة شروط خاصة، وكذلك القاضى فإنه يجوز له أن يبيع مال أحد القاصرين للآخر بعبارة واحدة، وستعـرف جميع الصور المستثناة فى موضوع دراستـها، وإن سبب هذا الاستثناء يرجع تارة إلى وفور الشفقة فى مثل الأب والجد، وإنهما لذلك لاينتظر منهما أن يغـفلا حقوق موليهما لمصلحتهما، ولذا لم يكن لوكيلهمـا هذا الحق لعدم شفقتـه، فلا يرجى منه مايرجى منهما. وتارة يرجع إلى تحـقق المصلحة وعدم احتمال الضـرر بـسبب ما وضع لذلك من قيود كمـا فى بيع الوصى ماله لموليه. أو شرائه مال مـوليه لنفسه. وتارة إلى اعتبار العقد من باب القضاء إذا ما صدر من قاض وذلك لأن القدرة فيه على التنفيذ متوافرة.

(٢) وذهب أحمد إلى جواز تولى الشـخص الواحد طرفى العقد عن عاقديه سواء أكـان عقد زواج أم عقد معاوضـة كالبيع، فيـجوز أن يتولاه وكيل عن الطرفين البـائع والمشترى؛ ذلك لأن حقوق العـقد ترجع عنده الموكل. راجع كشاف القناع «ج٢ ص٢٣٩» من باب الوكالة.

خلاصة الباب

قد تتعدد صفة العاقد عندما ينشئ عقدا من العقود. كأن يكون مع ثبوت ولايته على نفسه وعلى ماله وكيلا عن آخر، أو وليا أو وصيا أو قيما عليه، وقد يجمع بين كل هذه الولايات.

ففى هذه الحال إذا باشر عقدا من العقود التى لاتنشأ إلا بعبارتين أو إرادتين، كالزواج والبيع وما ماثلهما، فهل تقوم عبارته مقام عبارتين؟

إذا كان العقد من العقود التى لاترجع الحقوق فيها إلى المباشر لها باعتباره مباشرا، كالزواج فإن العقد يتم بعبارته وحدها، فإذا كان وكيلا عن امرأة فى تزويجها بنفسه، تم العقد بقوله: زوجت فلانة بنفسى، وإذا كان وكيلا عن الزوجين أو وليا عليهما أو وكيلا عن أحدهما ووليا على الآخر تم العقد أيضا، بقوله: زوجت فلانة بفلان. فتكون عبارته إيجابا بالنظر إلى أحد الطرفين. وقبولا بالنظر إلى الآخر، ويتم العقد بتوافق الإرادتين اللتين عبرت عنهما عبارة المباشر للعقد، لايشترط شىء سوى ذلك عند أبى يوسف. واشترط الطرفان أن يكون المباشر للعقد ذا ولاية عن الطرفين، سواء أكانت بوكالة أم بولاية، فلا يصح العقد إذا باشره شخص هو فضولى عن أحد الطرفين، وإن كان ذا ولاية عن الطرف الآخر؛ لأن الموجود عند ذلك هو أحد شطرى العقد فقط، إذ لايمكن اعتداد عبارته بمنزلة عبارتين، لعدم الولاية عن الطرفين جميعا فيها.

وإذا كان العقد من عقود المعاوضات كالبيع لم يجز أن ينعقد بعبارة واحدة، إذ إن الحقوق فيها ترجع إلى المباشر لها. فيكون مُطَالِبًا ومطالَبا فى آن واحد بشىء واحد، فإن كان وكيلا عن طرفى البيع كان فى وقت واحد مطالَبا بالثمن، ومطالِبا به، ومطالَبا بالمبيع ومطالِبا به، وذلك تناقض لايقبل. واستثنى من ذلك عقد الأب فى شرائه مال ابنه، أو فى بيعه ماله لابنه، ومثله عقد الجد والوصى والقاضى.

وذهب أحمد إلى جواز تولى العاقد الواحد طرفى العقد فى جميع العقود متى كان ذا ولاية. وذهب الشافعى إلى عدم جواز ذلك مطلقا.

باب حكم العقد

يستعمل الفقهاء «حكم العقد» فى أحد الأمور الثلاثة الآتية:

(١) فتارة يريدون منه مايكون للعقد من وصف يرجع إلى طلب الشارع له، أو إلى نهيه عنه، فيقولون: حكم الزواج أنه واجب أو سنة أو مكروه، وحكم البيع أنه مباح أو مكروه أو حرام، إلى غير ذلك.

(٢) وتارة يريدون منه ما للعقد من أثر مترتب عليه شرعا، فيقولون: حكم الزواج أنه يفيد ملك المتعة، فيتمتع كل من الزوجين بصاحبه، وحكم البيع: أنه يفيد المشترى ملك المبيع، والبائع ملك الثمن، وحكم الحوالة: أنها تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه، وهكذا.

(٣) وتارة يريدون منه ما يكون للعقد من وصف يرجع إلى ما للعقد من وجود تترتب عليه آثاره أو لا تترتب، أو من قوة ملزمة لعاقديه أو غير ملزمة فيقولون: حكم هذا الزواج أنه باطل لاتترتب عليه آثاره، وحكم هذا البيع: أنه موقوف على إجازة من له الشأن فيه، فإن أجازه نفذ وترتبت عليه آثاره، وإن رفضه بطل، ولم يترتب عليه أثر. وحكم عقد الوكالة: أنه غير لازم، لكل من طرفيه أن يستقل بفسخه. وحكم عقد الإجارة أنه لازم، ليس لأحد طرفيه أن ينفرد بفسخه، وهكذا. وهذا المعنى الأخير: هو مانريد أن نفصل القول فيه الآن.

أقسام العقد عند الحنفية: ذهب الحنفية إلى أن العقد ينقسم من هذه الناحية ثلاثة أقسام : صحيح وفاسد وباطل، ويريدون بالعقد الصحيح ما كان سببا صالحا لترتب آثاره الشرعية عليه، وهو إنما يكون كذلك إذا تحقق معناه وسلمت أركانه ومحله، وذلك بأن يكون بصيغة سليمة واضحة الدلالة على إرادة إنشائه، وصادرة من أهل له فى محل قابل لحكمه. ولم يعرض له من الأوصاف ما يجعله منهيا عنه شرعا. فإن كان العقد بيعا لزم لصدوره صحيحا أن يباشره شخصان مميزان بإيجاب وقبول متوافقين، دالين على إنشائه فى محل قابل لحكمه، وهو المال المتقوم، ولم يقترن به توقيت ولاجهالة فى المبيع ولاعدم تقوم فى الثمن، ولم تلابسه جهالة فاحشة، ولم يصاحبه مايوجب غررا أو يفضى إلى نزاع، أو يؤدى إلى فقد شرط من شروط صحته، ولا غير ذلك مما جعله الشارع سببا للنهى عنه.

وإن كان نكاحا وجب أن يصدر من مميزين بعبارتين دالتين على معناه فى محله وهو المرأة، غير مقارن كذلك لوصف كرهه الشارع فيه ونهى عنه بسببه. كأن يكون بلا شهود أو تكون المرأة محرمة بسبب من أسباب التحريم، وهكذا.

فإن كان أحد طرفى العقد مجنونا أو صبيا غير مميز لم ينعقد العقد أصلا، وكذلك إذا وجد أحد شطريه فقط وهو الإيجاب، أو كانت صيغته فى محل لايقبل حكمه كبيع الميتة، فقد علمت أن العبارة إذا صدرت من غير مميز كانت مهدرة ولا اعتداد بها كأنها لم تصدر. وكذلك إذا كانت الصيغة محتملة الدلالة فأمكن حملها على العدة أو المساومة لم تعتبر كذلك، أو كانت بينة الدلالة على المعنى ولكن فى محل لايقبل حكم العقد. ومثل ذلك فى الحكم ما إذا باع مالا بما ليس بمال أصلا؛ لانعدام معنى البيع فيه لأنه بيع بلا ثمن، ولابيع بلا ثمن لعدم تحقق المعاوضة التى هى أساس البيع. ففى هذه الصور وما أشبهها لم يوجد عقد البيع المشروع. إما لانعدام ركنه كما إذا لم يوجد قبول أو وجد من مجنون، أو لعدم سلامته كما إذا كان غير بين الدلالة. وإما لعدم وجود محله القابل لحكمه كما فى بيع الميتة، أو لعدم سلامته؛ كما فى بيع المعد للمنافع العامة كالمساجد. وإما لانعدام معناه كما إذا كان الثمن غير مال. وإذا لاحظت أن له فى بعض هذه الحالات صورة خارجية فهى صورة لايلتفت إليها الشارع ولا يرتب عليها أثر.

وقد يوجد العقد بوجود أركانه ومحله ومعناه ولكن على صفة لايقرها الشارع، كأن يبيع داره مدة عشر سنوات، أو يبيعها بمال غير متقوم كالخمر، أو يبيعها بثمن مؤجل إلى وقت الميسرة [1]، أو يبيع دابة غير معينة من دوابه بعشرة جنيهات، أو يضيف البيع أو يعلقه. ففى مثل هذه الصور وجد العقد ولكن على صفة تفضى إلى النزاع، أو إلى تملك مانهى الشارع عن تملكه، أو إلى الغرر. فكان لذلك منهيا عنه، ولم تسلم لذلك أركانه أو محله فلم يكن صحيحا.

العقد الباطل: ومما تقدم يتبين لنا أن العقد لايكون صحيحا لسبب من سببين:

الأول - عدم وجوده شرعا لعدم وجود بعض أركانه أو لعدم وجود محله، أو لانتفاء معناه.

الثانى - عدم سلامته من صفة كرهها الشارع فيه فنهى عنه لأجلها.

---

(١) ذهب أهل الظاهر إلى صحة التأجيل لوقت الميسرة وقت التعاقد. راجع المحلى لابن حزم.

فإذا كان السبب الأول كان العقد باطلا عند الحنفية، وإذن فهم يعنون بالباطل غير المنعقد، والبطلان أو عدم الانعقاد شرعا لاينافى أن يكون للعقد صورة فى الخارج. وهو مايسمى بالوجود الحسى، فإذا ماتبايع مجنونان وجدت صورة العقد ووجد العقد حسا. فإن المراد بالوجود الحسى ما يدركه الحس - السمع أو البصر - من كلام العاقدين أو كتابتهما مما يتكون منه العقد فى الخارج، وإذن فالعقد الباطل هو مالم يشرع أصلا. أو ما لم يعتبره الشارع موجودا، وإن وجدت له صورة فى الخارج، ولذا لايصلح لأن يترتب عليه أى أثر من آثاره؛ لأنه معدوم شرعا، والعلة إذا انعدمت لم يكن لها أثر.

العقد الفاسد : وإذا كان السبب الثانى كان العقد فاسدا عند الحنفية، وهو عندهم عقد موجود فى الخارج بوجود أركانه ومحله، وتحقق معناه وإرادة إنشائه والقصد إليه والرغبة فى آثاره، فإنك لو بعت كتابك إلى صديق لك بجنيه مؤجل إلى وقت ميسرته فقد أنشأت عقدا توافرت فيه أركانه من الإيجاب والقبول الصادرين من أهلهما الدالين على المعنى المطلوب. وتوافر فيه كذلك محله القابل له وهو الكتاب، وكان تمليك الكتاب على هذا الوجه مرادا لكما مرغوبا فيه.

وقد علمنا فيما مضى أن العقد هو الربط بين الإيجاب والقبول، وأن الانعقاد هو الارتباط بينهما الذى كان نتيجة هذا الربط. وأنه إذا وجدت الأركان والمحل الصالح وتحقق معنى العقد تحقق الارتباط بين العاقدين بتوافق إرادتيهما وعبارتيهما، ولامعنى للعقد إلا هذا، ولكن لما لازمه وصف منهى عنه. وهو التأجيل إلى أجل مجهول، وكان ذلك مؤديا إلى النزاع كان العقد على هذا الوجه منهيا عنه من الشارع. ولا يقره لوجود هذا الوصف فيه. ولهذا أمر بعدم إنفاذه، وجعل إنفاذه معصية تستوجب الإثم، وأوجب على المتعاقدين رفعه وفسخه، فإن قاما بذلك وإلا قام به القضاء، وألزمهما به.

ذلك هو العقد الفاسد عند الحنفية، وإذن ففى العقد الفاسد ناحيتان: إحداهما صحيحة مشروعة معترف بها من الشارع، وهى من ناحية أصله «أركانه ومحله». وثانيتهما: معيبة غير مشروعة للنهى عنها، وهى ناحية صفته التى وجد

عليهـا، ولذلك قيل فى تعـريف الفاسد: مـاشرع بأصله دون وصفـه. وقيل فى تعـريف الباطل: مـا لم يشـرع أصلا لا بأصله ولا بوصـفـه. وقيل فى تعـريف الصحـيح: ما شـرع بأصله ووصفه. وبهـذا تجلى لنا الفرق بين العـقد الصـحيح والعقد الفاسد والباطل. كما وضح الفرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد.

فالعقـد الصحيح: عقد موجـود حسا وشرعا، بمعنى أن الشـارع يقره ويأمر بالوفاء به.

والعقد الباطل: عقد غير موجود، إما لأنه لم ينعقد، ولم يرتبط فيه طرفاه، بسبب أن لاقصد فـيه ولاإرادة، وإما لعدم تحقق معناه، ولذا فـقد توجد له صورة تامة فى الخـارج، وقد لاتوجد، وعلى أية حـال فهو غيـر منعقد، أمـا عند عدم الإرادة فالأمـر ظاهر، وأما عند انعدام مـايتحقـق به فالأمر أظهـر، لأنه لم يوجد معناه بالمرة.

أما العقد الفاسد: فهو عقد موجود الصورة دائما فى الخارج، وهو مع ذلك منعقـد كما قدمنا. ولـكن الشارع لايقر انعقـاده، بل يكرهه، ويأمر دائما برفـعه وفسخه. حتى إذا لم يمتـثل العاقدان قام القضاء بذلك جبرا عنـهما إذا ما رفع إليه الأمر مالم يحصـل مايمنع من ذلك مما سيأتى الكلام عليه فى العقـود عند تفصيل أحكامها. وذلك آية إقرار الشارع وجوده فى الجملة، وترتيب بعض الآثار عليه مما ستعرفه كذلك فى الكلام على كل عقد بالتفصيل.

أقسـام العـقـد عند الجـمـهـور: وذهب الأئمة الثلاثة إلى أن العـقد ينقسم قسمين فقط: صحيح وباطل، وإن شئت قلت : صحيح وفاسد، فلا فرق عندهم فى المعنى بين الباطل والفـاسد. فهما كلمـتان مترادفتـان إلا فى مواضع قليلة عند الشافعية لايتسع المقام لذكرها وتفصيل أحكامها.

ويعنون بالصحيح ما استكمل جمـيع أركانه وشروطه على وجه تترتب عليه آثاره الشرعيـة إثر تمامه، وبالباطل أو الفاسد ما عـداه مما لايرتب الشارع عليه آثاره لسبب من الأسـباب، سواء أكان ذلك السـبب راجعا إلى أركانه أم إلى أوصـافه، فهو على الجملة ما لم يستوف أركانه وشروطه الشرعية، وهذا التعريف مطرد عند الشافعـية والحنابلة على رواية؛ لأنهم لايقرون العقـد إذا صدر ممن ليست له ولاية

إصداره، كبيع الصبى المميز وهبته وبيع الفضولى والسفيه، فيجعلونها عقودا باطلة أو فاسدة «على معنى الفساد عندهم» لاتصححها إجازة ذى الولاية، أما عند المالكية فلا يطرد لأنهم يقرون عقد الفضولى فى المعاوضات على الأقل، فيجعلونه صحيحا[1] يتوقف نفاذه وظهور آثاره على إجازة ذى الشأن، إن أجازه نفذ وإلا بطل. ولذا يكون العقد الصحيح عندهم ما صلح لترتب آثاره عليه. حتى يعم عقد الفضولى. ولكن العقد الصالح لذلك عندهم مع هذا أضيق دائرة من الصالح عند الحنفية، فإن عقد الصبى المميز مثلا فى المعاوضات صحيح عند الحنفية فيشمله الصالح، وغير صحيح عند المالكية فلا يشمله الصالح عندهم.

أساس الخلاف بين الحنفية وغيرهم: وأساس هذا الخلاف بين الحنفية وغيرهم يرجع إلى خلافهم فى أمر آخر. وهو الأثر الذى يترتب على نهى الشارع إذا مانهى عن عقد من العقود لعدم توافر ماشرط فيه من شروط، أو لسبب آخر؛ فغير الحنفية يرون أن نهى الشارع عن عقد يقتضى عدم وجوده شرعا، فإذا أقدم عليه إنسان فأنشأه مخالفا أمر الشارع لم يكن ما أتاه عقدا فى نظر الشارع. ولم يكن له وجود فى اعتباره وحكمه، سواء أكان النهى راجعا إلى أصله أم راجعا إلى وصف لازم عارض له، وليس هذا محل خلاف بين الشافعى ومالك وأحمد. (فإن رجع النهى إلى أمر مجاور للعقد غير لازم له، بل يصح أن ينفك عنه،كان الحكم كذلك عند بعض المالكية، وهو رواية عن أحمد، وخالفهم الشافعى وبعض المالكية فجعلوه مقتضيا لكراهة العقد فقط) كما ذهب الحنفية، وهذه رواية أخرى عن أحمد.

ويرى الحنفية أن النهى إذا كان يرجع إلى أصل العقد بأن كان لخلل فى أركانه أو فى محله، أو لعدم تحقق معناه فمقتضاه بطلان العقد وعدم وجوده شرعا؛ ذلك لأنه يكون دليلا على عدم صلاحية محل النهى لتكوين العقد وإيجاده فى نظر الشارع؛ لأن النهى عنه يقتضى بطلانه، والباطل لايكون عنه إلا باطل، ولذا يكون العقد فى هذه الحال باطلا.

وإن كان يرجع إلى وصف ملازم للعقد عارض له كان مقتضاه بطلان هذا

---

(١) راجع شرح الدردير فى كتاب البيع.

الوصف وفساده وعدم مشروعيته، وكانت حقيقة العقد أو ذاته مشروعة، لأن النهى لم يتعلق بها. وإنما تعلق بما عرض لها وأدخل عليها، وهو أمر آخر خارج عنها. وبناء على ذلك تكون ذات العقد وحقيقته سالمة من النهى أو من الفساد، ويكون ما عرض لها هو المنهى عنه أو الفاسد، وبذلك يتميز هذا النوع من العقود من غيره. فيتميز من العقد الصحيح بأنه فاسد الوصف، ولايمكن لذلك أن يعد صحيحا، ويتميز من العقد الباطل بأنه سليم الذات ولايمكن لذلك أن يعد باطلا؛ لأن الباطل لاتسلم ذاته. فوجب لهذا أن يكون قسما بين الصحيح والباطل لا هو بالصحيح ولا هو بالباطل، وسمى لذلك بالفاسد.

وإن كان يرجع إلى أمر مجاور غير ملازم له وليس شرطا فيه وإنما عرض له بسبب المجاورة كان مقتضاه الكراهة فقط للإقدام عليه فى هذه الحال. والأمثلة كثيرة، منها:

(١) ماروى عن ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال: «لاتشتروا السمك فى الماء فإنه غرر» وماروى عن إياس [١] أن النبى ﷺ نهى عن بيع فضل الماء. وما روى عن جابر أن النبى ﷺ حرم بيع الخمر والميتة والخنزير. فالنهى فى هذا جميعه يرجع إلى أصل العقد. لأنه يرجع إلى خلل فى محله، فإن السمك فى الماء وكذلك فضل الماء وكذلك الخمر والخنزير كل هذا ليس مالا متقوما. والميتة ليست بمال أصلا، ومحل البيع يجب أن يكون مالا متقوما، ولهذا كان العقد فى هذه الصور ـ إذا أقدم عليه عاص ـ باطلا ولا خلاف بينهم فى ذلك.

(٢) ما رواه ابن عمر [٢] قال: كانوا يبتاعون الجزور [٣] إلى حبل الحبلة فنهاهم رسول الله ﷺ عن ذلك، وماروى عن أبى هريرة [٤] : نهى النبى ﷺ عن

---

(١) هو ابو أمامة إياس بن ثعلبة الأنصارى له أحاديث انفرد بها.

(٢) هو عبدالله بن عمر بن الخطاب إمام متين واسع العلم كثير الأتباع وافر للنسك خالصه كبير القدر متين الديانة عظيم الحرمة، رشح للخلافة يوم التحكيم وخوطب فى ذلك فأبى، توفى سنة ٧٤، وقد هاجر مع أبيه وشهد الخندق وبيعة الرضوان وله ١٦٣٠ حديثا.

(٣) الجزور من الإبل يطلق على الذكر والأنثى والجمع جزر كرسول ورسل، ولفظ الجزور مؤنث، يقال: رعت الجزور. قاله ابن الأنبارى.

(٤) أبو هريرة هو عبدالرحمن بن صخر الدوسى له ٥٣٧٤ حديثا كان كثير العبادة توفى سنة ٥٩ عن ٨٧ سنة.

يعتين فى بيعة، ففى الحديث الأول أن العرب كانوا يشترون الناقة بثمن مؤجل إلى حبل الحبلة «والحبلة جمع حابل ككتبة وكاتب» أى على أن يدفعوا ثمنها عندما يحمل ولدها، فنهاهم الرسول عن ذلك، وكانوا يبيعون الشيء لشخص على أن يبيعهم شيئا آخر من ماله فنهاهم الرسول عن ذلك، وهذا النهى يرجع إلى وصف ملازم للعقد عارض له وهو جهالة الأجل المشروط فى الصورة الأولى، واشتراط شرط قد يؤدى إلى النزاع فى الصورة الثانية إذا لم يتم الاتفاق على بيع الشيء الآخر. وذلك بعيد عن أصل العقد وعما يتكون منه. ولكنه عارض لازم له، لأنه إنما عقد على ذلك، وعليه تم الرضا. وفى مثل هذا يرى الحنفية أن نفس العقد وذاته مشروعة لم يتوجه إليها منع، وإن ما ألحق بها من أجل أو شرط غير مشروع، وإليه توجه النهى، فكان العقد لذلك مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه، ولذلك كان فاسدا. ويرى غيرهم أن العاقدين إنما قصدا إلى صفقة معينة أو إلى عقد مخصوص، وذلك عبارة عن العقد وما ألحق به من وصف أو شرط، والعقد على هذا الوجه منهى عنه بنص الحديث. ألا يرى إلى النهى كيف صدر منصبا على العقد بالحال التى صدر عليها؟ ففى الحديث أنه عليه السلام نهى عن هذا الوجه غير مشروع؛ لأن المركب من المشروع وغير المشروع تكون جملته غير مشروعة، وعدم مشروعيته يستلزم عدم إقرار الشارع له، وإن شئت قلت عدم اعتباره موجودا شرعا. وإذا كان غير موجود فى نظر الشارع واعتباره لم يرتب عليه أثرا؛ لأنه معدوم. وإنما تترتب الآثار على العقد عند وجوده. وإذا كان الأمر كذلك كان العقد باطلا أو فاسدا على معنى أنه لاوجود له فى نظر الشارع واعتباره.

وقد رد الحنفية على ذلك بأن النهى عن الشيء لصفة لحقت به لايستلزم عدم إقرار الشارع له باعتباره سببا مستتبعا لآثاره، ولايستلزم كذلك اعتباره معدوما فى نظر الشارع من كل وجه، والنهى عن الصفة لايستلزم النهى عن ذات الموصوف ومانهى الشارع عن ذات العقد، وإنما أراد النهى عن أن يوجد مع هذا الوصف. فكان النهى فى الواقع عن الصفة، والشارع قد يعمد إلى أمر من الأمور فيجعله سببا لأثر معين إذا وجد معه ثم يرى من المصلحة ألا يوجد هذا السبب إلا على شكل خاص فيأمر بذلك، وينهى عن أن يأتى به إنسان على خلاف ذلك الشكل،

ويرتب العقاب على من يخالف ذلك، ثم يرى مع هذا أنه يستتبع أثره على أية حال، وذلك كما فى الطلاق. فقد جعله سببا للفرقة بين الزوج وزوجته. ونهى أن يكون فى حيض، ومع ذلك فقد جعله مستتبعا لأثره وهو الفرقة إذا وقع فى الحيض [1] فقد روى عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض، فذكر عمر ذلك للنبى ﷺ، فقال له: «مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر [2] ثم تحيض فتطهر. فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسها» فأمره عليه السلام بمراجعتها دليل على أن الطلاق حال الحيض أفاد أثره مع أنه منهى عنه، وذلك دليل على أن النهى عن السبب لأمر عارض له لايبطل سببيته.

(٣) ما جاء فى الذكر الحكيم: ﴿ **إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع**﴾ وما رواه أبو هريرة من نهى النبى ﷺ عن النجش [3].

فالآية أمرت بترك البيع عند النداء لصلاة الجمعة، وذلك نهى عنه فى ذلك الوقت، والحديث نهى عن بيع يعقب نجشا، والنهى فى الموضعين لأمر مجاور للعقد لا لذاته ولا لعارض لازم له، إذا ليس شرطا فيه، وفى مثل هذا يرى الحنفية والشافعية وبعض المالكية أنه لايؤثر فى مشروعية العقد، ولا فى وجوده الشرعى، ولا فى ترتب آثاره عليه، وإنما يستتبع كراهة إنشائه فى ذلك الوقت. وإذن فالنهى متعلق بإيقاع العقد وإيجاده فى هذا الوقت. وذلك فعل للعاقد، وهو غير عقده، ولاتعلق له بنفس العقد، ألا ترى أنه يستطيع أن ينشئ العقد نفسه فى وقت آخر قبل هذا الوقت أو بعده؟ وإنما كرهه الشارع لمجاورته هذا الوقت وإيقاعه فيه وصيرورته لذلك سببا فى عدم السعى إلى الصلاة، أو سببا فى كسب غير طيب. ويرى أحمد بن حنبل ومن تابعه أن هذا النهى أيضا يقتضى فساد العقد.

---

(١) هذا لاينهض دافعا لما ذهب إليه الشافعية، لأن النهى عن الطلاق فى الحيض لوصف مجاور فلا يقتضى الفساد عندهم وإنما يقتضى الكراهة، والعقد المكروه يترتب عليه اثره باتفاق، وعلى ذلك يكون النهى عن الطلاق فى الحيض كالنهى عن البيع وقت النداء إلى صلاة الجمعة، مرجع النهى فيهما إلى الوقت وهو أمر مجاور لا لوصف ملازم للعقد.

(٢) أمر بإمساكها حتى تطهر لكى يتسنى له أن يتمتع بها فى ذلك الطهر فربما كان ذلك سببا فى عدوله عن الطلاق وإمساكها نهائيا، وبهذا أيضا لاتكون مراجعتها وسيلة متمحضة لطلاقها، فإن المراجعة لأجل الطلاق مكروهة ككراهة النكاح مع نية التطليق عقبه.

(٣) النجش: إثارة الصيد من مكانه ليصاد، ويراد به إثارة الراغبين فى الشراء بواسطة التظاهر بالمساومة فى السلعة والزيادة فى ثمنها قصدا إلى التغرير بهم.

لأن العقد فى هذا الظرف منهى عنه. وإذا كان كذلك كان غير مشروع فلا يستتبع آثاره الشرعية، وهذه الرواية جزم بها ابن عبدوس فى تذكرته واختارها صاحب المحرر. وروى عن أحمد أن هذا العقد صحيح مع الكراهة كما رأى أبو حنيفة، ومن تابعه، وبهذا صرح صاحب المغنى، واختاره الزركشى وقال: إنه المشهور فى المذهب ا هـ. من الفروع [1].

ذلك هو الفرق بين صحيح العقد وفاسده وباطله من حيث المعنى، أما من حيث الأثر فستعرف ذلك عند ذكر أحكام كل عقد تفصيلا، غير أنه ينبغى أن نشير إلى أنه لافارق بين فاسد عقد النكاح وباطله من حيث الأثر عند الحنفية، وذلك يرجع إلى ما فى النكاح من الحل والحرمة، ومعنى التقرب به إلى الله تعالى، فالتحق بالعبادات ولا فارق فيها بين الفاسد والباطل؛ لأن كلا منهما منهى عنه، وإذا كان منهيا عنه لم يتصور أن يكون طاعة مطلوبة، فكانا سيان فى الأثر.

أقسام العقد الصحيح: ينقسم العقد الصحيح عند الحنفية والمالكية إلى **موقوف ونافذ**، ذلك لأنه إن صدر من شخص له ولاية إصداره فنافذ، **ومعنى نفاذه** أنه يستتبع آثاره، فإذا كان بيعا أفاد المشترى ملك المبيع وأفاد البائع ملك الثمن. وإذا كان زواجا أفاد كلا من الزوجين حق التمتع بصاحبه وهكذا . وإن صدر من شخص هو أهل لإصداره ولكن ليست له ولاية إنشائه فموقوف، ومعنى وقفه أنه لايترتب على إنشائه أى أثر من آثاره على الرغم من أنه عقد صحيح يعترف الشارع بوجوده، بل يتوقف ترتب الأثر على إجازته ممن له حق مباشرته، فإن أجازه إجازة صحيحة صار نافذا من وقت صدوره، وإن رفضه بطل، ومن أمثلة الأول بيع الرشيد وزواجه، وإجازته إذا كان بيعه وإجارته فى ماله، وزواجه لنفسه، مع رشيد مثله يتصرف لنفسه، وكذلك هبته ووصيته، ولو كان قبولهما من الصبى المميز. ومن أمثلة الثانى عقود الفضولى، وكذا معاوضات الصبى المميز والسفيه والمعتوه المميز عند الحنفية. وقد علمت أن الشافعى يجعل العقد الموقوف

---

(١) وقد اختلف فيه أصحاب مالك، فمنهم من رأى أن النهى عنه فى مثل هذا لا يقتضى فساده. ومنهم من ذهب إلى انه فاسد وأوجب فسخه ورد السلعة إن كانت قائمة وقيمتها إن فاتت. ومنهم من أوجب الرد عند قيام السلعة، أما عند فواتها فإنها تمضى بالثمن ا هـ.من مقدمات ابن رشد «ج٢ ص٢١٥». ومثل هذا الحكم بيع حاضر لباد. وبيع الرجل على بيع أخيه. وبيع المتلقى، كما فى الإفصاح.

عند الحنفية عقدا باطلا لأنه منهى عنه؛ ولأن الولاية عنده شرط لانعقاد العقد كما تقدم.

الفرق بين الموقوف والمضاف: هذا ومما ينبغى الالتفات إليه التفرقة بين العقد الموقوف والعقد المضاف إلى زمن مستقبل إذا ما صدر ممن له ولاية إصداره، فقد يظن الظان أن آثاره لاتترتب عليه كالموقوف. وليس كذلك، فإن إرجاء آثاره إلى الوقت المعين أثر من آثار نفاذه فى الحال؛ فهو لذلك من العقود النافذة.

أقسام العقد النافذ: والعقد النافذ ينقسم إلى: **لازم وغير لازم،** وهو المعبر عنه عند غير الحنفية بالعقد الجائز. **ويراد بالعقد اللازم:** ما لايستقل بفسخه أحد طرفيه، وذلك كالبيع والصلح والإجارة والمساقاة والمزارعة بعد إلقاء البذر والنكاح والخلع والحوالة، **ويراد بغير اللازم أو الجائز** ما يستقل أحد طرفيه بفسخه، كالشركة والوكالة والقرض والوصية والإيصاء والعارية الوديعة.

وهذا النوع قد يكون غير لازم بالنسبة لطرفيه كالشركة والوكالة والعارية والوديعة، وقد يكون غير لازم بالنسبة لأحدهما لازما بالنسبة إلى الآخر. كالرهن فإنه لازم بالنسبة إلى الراهن غير لازم بالنسبة إلى المرتهن فله أن يستقل بفسخه، وكالكفالة فإنها لازمة بالنسبة إلى الكفيل غير لازمة بالنسبة إلى المكفول له فله أن يبرئ منها.

وعندى أن النكاح كذلك، فهو لازم بالنسبة إلى الزوجة غير لازم بالنسبة إلى الزوج إذ له أن يطلق، ولا يدفع هذا أن يقال: إن الطلاق ليس فسخا للعقد وإنما هو إنهاء له، لأنه يراد بالفسخ فى تعريف اللازم والجائز ما يشمل إنهاء العقد ورفعه بواسطة اتفاق عاقديه أو باستقلال أحدهما. سواء أكان بالطلاق فى الزواج، أم بعزل الوكيل فى الوكالة، أم بالرجوع فى الهبة، وسواء أكان الفسخ للعقد من وقت صدوره كما فى فسخ البيع بخيار الشرط. أم إنهاء له من وقت الفسخ كما فى فسخ النكاح بسبب خيار البلوغ، وكما فى فسخ الهبة بسبب الرجوع فيها. وكما فى إنهاء الوكالة بسبب العزل.

ومن العقود اللازمة ما لايقبل الرفع على أية حال كالخلع، ومنها مايقبل الفسخ بتراضى طرفيها. وهذه هى عقود المعاوضات كالبيع والإجارة، ومنها

مايصير غير لازم بالشرط، وذلك بالنسبة لمن اشترط لنفسه الخيار. وهى عقود المعاوضات كما سيأتى فى خيار الشرط.

خيار المجلس: ويجب أن يلاحظ أن ثبوت اللزوم للعقود اللازمة يتحقق بإنشائها وتمامها عند الحنفية والمالكية، وخالفهم الشافعى وأحمد فيما كان منها فى معنى البيع، فذهبا إلى أن هذا النوع لايلزم إلا بتفرق العاقدين وانتهاء المجلس. أما قبل تفرقهما فلا يلزم، إلا بأن يخير أحدهما الآخر فيختار العقد. أما قبل ذلك فإنه يكون لكل منهما حق فسخه، مادام فى المجلس. وهذا ما يسمى بخيار المجلس. وقد استندا فى ذلك إلى ماروى عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع» متفق عليه. وقد حاول الحنفية تأويل هذا الحديث بما لايقنع، فكان الحق مع الشافعى وأحمد. غير أنهما يختلفان فى بيان ما يعد من العقود فى معنى البيع وما لايعد منها، وإذا أردت البيان فارجع إلى مراجع المذهبين [1].

---

(١) يرى أحمد أن خيار المجلس يثبت فى الإجارة على عين أو على منفعة فى الذمة كان يستأجر إنسان آخر على حيوان، أو كان يستأجره لخياطة ثوب. ولايثبت فى قسمة الإجبار ولا فى المساقاة والمزارعة والحوالة والإقالة والجعالة والشركة والأخذ بالشفعة والوكالة والمضاربة والعارية والهبة بلا عوض، والنكاح والوقف والخلع والإبراء. ويرى الشافعى أنه لايثبت فى الإجارة بسائر أنواعها، وكذا المساقاة . راجع كشاف القناع «ج٣ ص٤٤» ونهاية المحتاج «ج٤ ص٥» ومابعدها.

خلاصة الباب

يقسم الحنفية العقد من ناحية ترتب أثره عليه أو عدم ترتبه ثلاثة أقسام: صحيح وفاسد وباطل، ويريدون بالصحيح ما كان صالحا لترتب آثاره الشرعية، ويكون كذلك إذا ما تحقق معناه وسلمت أركانه ومحله، وذلك بأن يصدر بصيغة واضحة الدلالة على إرادة إنشائه، وصادرة من أهل له فى محل قابل لحكمه شرعا ولم يعرض له من الأوصاف ما يصير به منهيا عنه شرعا، فإن صدرت الصيغة من مجنون لم يكن لها اعتبار، إذ لاعبارة له، وإن صدرت فى محل لايقبل حكم العقد لم يسلم المحل. وإن كانت محتملة الدلالة لم تسلم كذلك الصيغة، وإن باع مالا بما ليس بمال لم يتحقق معنى عقد البيع، ففى كل هذه الصور العقد غير صحيح أو غير موجود لانعدام ركنه أو لعدم سلامة محله، أو لعدم سلامة ركنه أو لعدم تحقق معناه. وقد يرجع عدم صحته إلى وصف يلحقه كتوقيت عقد البيع أو تأجيل الثمن فيه إلى أجل مجهول أو تعليق صيغته أو إضافتها أو جهالة محله.

ومن هذا يتبين أن العقد لا يكون صحيحا لأحد سببين:

الأول ـ انتفاء معناه أو ركنه أو محله أو عدم سلامتهما.

الثانى ـ عدم سلامته من الصفات التى كرهها الشارع فيه.

فإن تحقق السبب الأول كان العقد باطلا، وإن تحقق الثانى كان فاسدا، ولذا يعرفون الباطل بأنه مالحق الخلل أصله. والفاسد بأنه مالحق الخلل وصفه دون أصله. وقد يقولون فى تعريفهما: الباطل ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه، والفاسد ماشرع بأصله دون وصفه، والصحيح ما شرع بأصله ووصفه.

ويرى الجمهور من الفقهاء قسمة العقد قسمين: صحيح وباطل، وإن شئت قلت فاسد، فالباطل والفاسد سواء عندهم، ويعرفون الصحيح بما استكمل جميع أركانه وشروطه على وجه تترتب عليه آثاره إثر تمامه. ويعرفون الباطل أو الفاسد بما لاتترتب عليه آثاره لسبب من الأسباب التى تخل به، سواء أكان ذلك الخلل راجعا إلى محل العقد أم إلى ركنه أم إلى وصف به ملازم له، وذلك لأن الخلل إذا أصابه من هذه الناحية كان العقد منهيا عنه شرعا، وإذا نهى عنه الشارع لم يقره

ولم يصلح مع النهى سبب شرعى لترتب آثاره عليه، لأن ترتب الآثار نتيجة اعتباره من الشارع، ولا يعتبر الشارع مانهى عنه، وذلك بخلاف ماإذا رجع النهى إلى وصف غير ملازم كإنشاء العقد فى وقت معين مثل وقت النداء إلى صلاة الجمعة، فإن النهى حينئذ لايفيد إلا الكراهة، إذ محل الخلل لم يتم الاتفاق عليه.

وينقسم العقد الصحيح عند الحنفية إلى نافذ وموقوف، ومرجع ذلك إلى صدوره ممن له ولاية مباشرته، فإن صدر ممن له هذه الولاية نفذ، ومعنى ذلك أن آثاره تترتب عليه إثر إتمامه، وإن صدر ممن ليست له هذه الولاية كان صحيحا موقوفا على إجازته ممن له هذه الولاية، ومعنى وقفه عدم ترتب آثاره عليه إلا بعد إجازته، أما الجمهور فالصحيح عندهم نافذ دائما.

ويقسم النافذ قسمين: لازم وغير لازم، فغير اللازم هو ما استقل أحد العاقدين بفسخه، ويعبر عنه غير الحنفية بالجائز سواء أكان لكل منهما الفسخ كما فى الوكالة والشركة، أم كان لأحدهما دون الآخر كما فى الرهن والكفالة، فإن الرهن لازم بالنسبة للراهن، غير لازم بالنسبة للمرتهن، والكفالة لازمة بالنسبة للكفيل، غير لازمة بالنسبة للمكفول له.

باب الرضا والاختيار وما يؤثر فيهما

علمنا مما تقدم أن الأساس فى إنشاء العقود إرادة عاقدها وقصده إلى إنشائها، وأن هذا القصد وتلك الإرادة لما كانا من الأمور الباطنية التى لاتحس لم يصلحا أن يجعلا مناطا لذلك، ونيط إنشاء العقود بالعبارة الدالة عليهما، وقد فصلنا ذلك فى كلامنا على عبارة العاقد ونيته.

وكذلك بينا فيما مضى أن التعاقد يجب أن يؤسس على التراضى لقوله تعالى فى سورة النساء ٢٩ ﴿يأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ وقوله تعالى فى سورة النساء ٤ : ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبنَ لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا﴾ وقوله ﷺ «إنما البيع عن تراض» وقوله : «لايفترقن بيعان إلا عن رضا». وقد فسر بعض العلماء الرضا بالاختيار، وذهبوا إلى أنهما شىء واحد. وإذن فإنشاء العقد منوط بالأمرين جميعا: الإرادة والرضا، وهذا مايدعو إلى التساؤل: أهما أمران مختلفان، أو اسمان لمسمى واحد فهما لذلك مترادفان؟

ذهب الجمهور من غير الحنفية إلى أن المراد بالرضا هو القصد إلى إنشاء العقد بالعبارة، الدالة عليه طلبا لآثاره عن رغبة فيها. وإن ذلك أثر لاختيار العاقد. وإن شئت قلت: الرضا اختيار العاقد إنشاء العقد أو قصده إلى ذلك. وعلى هذا فالرضا والاختيار وإرادة إنشاء العقد كلها ألفاظ يراد بها عندهم معنى واحد، أو يراد بها معان تتلاقى وتنتهى عند معنى واحد، فالمكره على إنشاء عقد غير مختار ولا راض [١]، لأنه ما رغب فى آثاره، ولا قصد إلى إنشائه بعبارته،

---

(١) ذهب المالكية إلى أن الإكراه إما أن يكون على العقد، وإما أن يكون على سببه، فالإكراه على العقد كأن يكره إنسان آخر على البيع أو على الرهن ونحوه. والإكراه. على السبب كأن يكره إنسان آخر على أن يدفع إليه مقدارا معينا من المال فلا يجده المكره فيضطر إلى بيع عين من أمواله فى سبيل الحصول على هذا المال أو إلى اقتراض هذا المال من شخص ثالث. إذ إن المكره حينئذ لم يطلب منه أن يبيع ولا أن يقترض وإنما طلب منه ما دفعه إلى البيع او إلى الاقتراض، فكان إكراها على سبب البيع أو على سبب الاقتراض.

فإذا كان الإكراه على العقد فباشره المكره لم يفد أثره، ووقع العقد فاسدا على قول وهو رأى الشافعية والحنابلة، وموقوفا على قول آخر. وهو فى الواقع يتفق مع قول الحنفية فى النتيجة، لأنهم يقولون إنه فاسد يرتفع فساده بإجازة المكره. اما على القول الأول فإنه إذا زال الإكراه فأجازه من أكره عليه لم ينقلب بالإجازة صحيحا، لأن الفاسد لاينقلب صحيحا عندهم، إذ الفاسد والباطل بمعنى واحد، وعلى القول الثانى: إذا أجازه بعد زوال الإكراه نفذ ولزم وهو الأشهر، والعقود كلها فى ذلك سواء ما عدا النكاح، فإن =

وإنما أتى بهـا على أنها حركـات خاصـة تنجيه من الأذى الذى هـدد به، وكذلك الحال فى الشخص الناسى لمعنى عـبارته، أو المخطئ أو النائم أو المجنون أو المغمى عليه، أو المعتوه أو الصبى الذى لايميز. أو المتكلم بعبارة لا يفهمها، أو المدرس فى درسه عندما ينطق بعبارة إنشاء عقـد تعليما، أو القارئ فى كتاب، كل هؤلاء ليس لهم رضا بإنشاء العقود التى نطقوا بعباراتها، ولا اختيار لهم فى إنشائها، لأنهم لا قصـد لهم إلى ذلك، ولذا كانت عباراتهـم فى هذه الأحوال مهدرة لا تنشـأ عنها عقود، كما قدمنا فى الكلام على نية العاقد وعبارته.

وكذلك الهازل عند المالكية والحنابلة لا قصد له فى إنشاء العقد ولم يختره، فلا يعد راضيا به، ولذا بطلت عبارته عندهم [1]، خلافا للشافعية فى أحد قوليهم كما تقدم، إذ قالوا : إنه قد أتى بعبارته عن قصد إليها واختيار. وذلك آية رضاه، فيـجب أن يترتب عليهـا أثرها. وذلك محل نقـد؛ لأن الرضا باللفظ غيـر الرضا بمعناه الذى وضع له، وقد قـامت القرائن على أنه قد أراد به غـير ذلك المعنى من أغراض أخرى هى محل قصده ورضاه، وليس منها إنشاء العقد.

وذهب الحنفية إلى التفرقة بين الرضـا والاختيار، وذكروا فى بيان ذلك: أن العاقد إذا مـا أصدر عبارته المنشئة للعـقد راغبا فيـها لأنها وسيلته للإفصـاح عما رغبت فيـه نفسه واعتزمت إنشاءه والأداة التى اتخـذها الشارع سببا لتحـقيق ما ـو

= كلمتهم قد اتفقت على أن الإكراه يفسـده؛ لأنه إن صح كان نكاحا مع خيـار. ولايصح نكاح مع خيار قولا واحدا.

وبناء على ذلك إذا أكره إنسـان على بيع كان للبائع أن يسترد المبيع ويرد الثمن لايمنعه من ذلك خروج المبيع من ملك مشـتريه بأى تصـرف من التصرفـات. وإذا أثبت البائع بالبـينة أن الثمن قد تلـف عنده بلا تعد ولا تقصير كان له أن يسترد المبيع بلا ثمن لأن الثمن عند المكره كالوديعة.

وإذا كان الإكراه على سبب العقـد فباشره المكره ففى حكم العقد رايان: أحدهمـا أن العقد وقع لازما لعدم الإكراه عليه بطريق مباشر. ثانيهما أنه وقع صـحيحا غير نافذ ولا لازم، وإذن فللمكره إجازته، وله إبطاله، فإذا أبطله وكان العقد بيعا ففى استرداد المبيع ورد الثمن ثلاثة أقوال:

أحدها ـ أن يسترد المبيع إذا رد الثمن.

ثانيها ـ أن يسترد المبيع دون أن يجب عليه رد الثمن؛ لأن الثـمن قد أخذه غيره ظلما فإذا أراد المشترى رجع بالثمن على من وصل إليه.

ثالثها ـ أن يسـترد المبيع وعندئذ يجب عليه رد الثمن إن كان قد تسلمه، فـإن لم يتسلمه، بل أعطى للمكره مباشرة لم يجب عـليه رده ويسترد المبيع بلا ثمن، وهذا النوع من الإكراه (وهو الإكـراه على السـبب) يقول به الحنفية. راجع الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه فى النكاح والبيع.

(١) راجع حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير على متن خليل. وكشاف القناع من كتاب البيع.

مطلوب له من حكم كان قاصدا إلى العقد وإلى سببه، وهو العبارة، راغبا فى آثاره. فأما الرغبة فى الآثار - وهى حكم العقد - فذلك مايريده الحنفية بالرضا - عند إطلاقه - وأما القصد إلى السبب «العبارة» فذلك ما يريدونه بالاختيار، عند الإطلاق. وعلى ذلك فالرضا عندهم هو الرغبة التامة فى العقد حكما وسببا، والاختيار هو مجرد القصد. وإذا قيدا فقيل: الرضا بالحكم أو الرضا بالسبب والاختيار فى الحكم، أو الاختيار فى سببه كان معنى الرضا: الرغبة، ومعنى الاختيار: القصد، وكانت الرغبة فى حكم العقد اختيارا له، ومجرد القصد إلى العبارة اختيارا للسبب.

ومن هذا يظهر أن الرغبة في حكم العقد تستلزم الرغبة فى سببه والقصد إليه، لأن من يرغب فى زواج مثلا يقصد إنشاءه بالعبارة الدالة عليه ويرغب فى ذلك. وأن القصد إلى سبب العقد وهو العبارة لايستلزم الرضا بحكمه، وإن شئت قلت: لا يستلزم الرغبة فيه. إذ قد يقصد إلى العبارة لغرض آخر، كدفع أذى كما فى المكره. أو لهو كما فى الهازل، ولذا قال الفقهاء: وجود الرضا بالحكم يستلزم وجود الاختيار فيه وفى سببه، ويستلزم كذلك الرضا بالسبب، ووجود الاختيار لايستلزم وجود الرضا؛ لأن مجرد القصد إلى شىء لايلزم منه الرغبة فيه.

وبناء على ما ذكر يكون الرضا والاختيار عند الحنفية أمرين مختلفين. فالرضا عندهم هو الرغبة فى حكم العقد، والاختيار عندهم هو القصد إلى عبارته المنشئة له. وإذن فالرضا عندهم هو الإرادة فى إنشاء العقد، وهو الاختيار عند غيرهم، أما الاختيار عندهم، فأمر لايترتب عليه عند غيرهم أثر، لأنه لا إرادة فيه، وإذن فالشخص يتحقق منه الاختيار متى تلفظ بالعبارة المنشئة للعقد. على أنها وسيلة للإعلان عن وجود إرادة بإنشاء عقد معين دون أن يتخذها وسيلة لإنشاء عقد يريده. فإن كان مع ذلك راغبا فيها لاتخاذها وسيلة لهو ولعب أو سمعة أو رياء تحقق فيه مع الاختيار الرضا بالسبب، فهو راض به مختار فيه، ولكنه غير راغب فى حكمه ولا قاصد إليه، وهذا هو شأن الهازل ومايشبهه، فالهازل عندهم مختار غير راض. ويشترط الحنفية لاعتبار الهازل هازلا أن يعلن ذلك قبل وقوعه فلا يكتفى فى إثباته عندهم بدلالة الحال [1].

---

(١) راجع كشف الأسرار على المنار «ج٢ ص٢٩٢» طبعة بولاق.

وإن كان غير راغب فيها، ولا فيما تدل عليه من إرادة ليس لها فى كثير من الأحوال وجود فى نفسه، وإنما صدرت منه تنفيذا لإرادة شخص آخر وموافقة له، لأن فى ذلك منجاة من أذى يهدد به عند عدم الامتثال، فهو فى هذه الحال غير راض بالحكم ولا قاصد ولا راغب فى سببه، وليس عنده إلا الاختيار فى سببه، وهذا هو حال المكره [١].

ومن هذا يتبين أن الإكراه يعدم الرغبة فى الحكم [٢]، وإن شئت قلت: يعدم الرضا ولا يبقى معه إلا القصد إلى العبارة باعتبارها سببا منشئا لعقد عادة ، وإن لم يردها كذلك، وإن شئت قلت: لايبقى معه إلا الاختيار فيها، ذلك لأن المكره

(١) مما لاشك فيه ان من اكره على عقد لا يكون راغبا فيه ولا راضيا بآثاره وإلا لم يكن مكرها عليه، وإنما أنشأه عن رضا به، ولكن لا يلزم من ذلك الا يكون من المكره أى قصد إلى آثاره، فإن الإنسان قد يكره على إنشاء عقد معين فيتلفظ بصيغته غير راغب فى آثارها، ولكنه يقصد مع ذلك إلى تحقيقها، فإن الإنسان كثيرا مايفعل الأمر ولا يرضاه ولا يفعله إلا بعد قصد إليه. وقد يكره على عقد فيتلفظ بصيغته، ولا تتجه نفسه مطلقا إلى شىء من آثارها، ولم يكن منه إلا أنه تلفظ بها لدفع ما هدد به من الأذى.

(٢) الإكراه المعتبر شرعا: هو إجبار شخص على أن يعمل عملا غير واجب عليه شرعا، والمراد بالعمل مايعم القول، لأنه عمل باللسان، وإذن فلابد فى تحققه من توافر الشروط الآتية:

١ - أن يكون المكره قادرا على تنفيذ ما هدد به من الأذى، فإذا لم يكن قادرا على ذلك لم يتحقق إجبار، ومما تتحقق به عدم القدرة: استطاعة المكره ان يفلت مما هدد به بأية وسيلة أخرى غير تنفيذ ما طلب منه كهرب أو استغاثة أو نحوها.

٢ - أن يكون ما هدد به من أذى مما يشق على المكره احتماله على الأقل، فإن كان مما يحتمله المكره ولايبالى به عادة لم يتحقق كذلك إجبار.

٣ - أن يظن المكره جد المكره وصدقه، وأنه ينفذ ما هدد به عاجلا إن لم يفعل، فإذا لم يظن ذلك لم يتحقق إكراه.

٤ - أن يكون المكره ممتنعا عما طلب منه محافظة على حقه أو حق غيره أو حق الشرع. فإذا كان غير ممتنع فلا إكراه، وكذلك إذا كان ممتنعا بغير حق كالمدين بدين حال يمتنع عن أدائه فيكره على بيع ماله وفاء لهذا الدين.

وزاد الشافعى شرطا خامسا: وهو أن يكون ذلك الأذى المهدد به غير مستحق عليه شرعا، فإذا كان مستحقا عليه شرعا لم يتحقق إجبار، لأنه يجب أن يوقع عليه على أية حال. فلا إكراه بتوقيع حد واجب على المكره أو بتنفيذ قصاص، وذلك محل نظر لأن المناط فقد الرضا بالعقد، وهو يتحقق مع التهديد بمثل ذلك. وقد سار على هذا التشريع الوضعى الحديث، فإنه جعل المدار على ما أكره عليه فإن كان مشروعا وواجبا على المكره فلا إكراه. وإن كان غير واجب عليه فقد تحقق الإكراه، وإن كانت وسائله مشروعة كالتهديد بتنفيذ القصاص.

ولكن قد يقال: إذا هدد الشخص بضرر مستحق عليه شرعا لم ينجه من توقيع ذلك عليه أن يفعل ما أمر به، لأن الشارع يأمر بتوقيعه عليه، وإذا كان الأمر كذلك لم يعتبر مكرها، لأن الامتثال لا ينجيه مما هدد به .

خير بين شيئين: ماهدد به من أذى إن لم يفعل، وما أمر به وأريد منه أن يفعله، فإذا وازن بينهما ثم رأى أن ضرر الفعل أهون عليه ففعل ما أمر به، فقد اختار. وإن كان قد اختار أهون الشرين لديه، وبذلك يتحقق منه الاختيار. ولكنه اختيار فاسد مع هذا إن كان الإكراه ملجئا كما سيأتى، لأن الاختيار الصحيح ما كان المختار مستقلا فيه مستبدا به، أما الفاسد فهو مابنى على اختيار شخص آخر، وكان المختار مضطرا إليه، ومحمولا عليه بواسطة الإكراه المعتبر شرعا، وفى كلتا الحالين القصد متحقق، وهذا القدر كاف فى انعقاد الأقوال أسبابا شرعية كما سيجىء[1].

والإكراه قسمان: ملجئ وهو مايكون بقتل النفس أو بإتلاف عضو أو بإتلاف جميع المال، أو بالضرب المبرح الذى يخشى منه التلف. وغير ملجئ، وهو مايكون بما يشق على المكره أن يتحمله، وذلك يختلف باختلاف حال الناس ومنازلهم.

والإكراه بقسميه يعدم الرضا بالحكم، ويؤثر فى التصرفات القولية على الوضع الذى سنبينه قريبا، والملجئ منه يفسد الاختيار، وغير الملجئ لايفسده كما قدمنا، لقدرة المكره على تحمل الأذى المهدد به، لأنه لو أراد امتنع عن فعل ما أمر به، فإذا فعله كان مختارا، وكان اختياره صحيحا، والملجئ يجعل المكره كالآلة فى يد المكره ولذا ينسب إلى المكره ما أكره عليه من الفعل، وكأنه قد صدر منه إذا ما أمكن ذلك، بأن كان يستطيع أن يفعله بنفسه[2]، فإذا أكره إنسان آخر على إتلاف مال كان المكره ضامنا لنسبة الإتلاف إليه وكأنه هو الذى قام بالإتلاف، أما غير الملجئ فلا يترتب عليه ذلك، بل ينسب الفعل معه إلى المكره، ولذا لم يكن له تأثير قط فى الأفعال.

وأما إذا صدرت العبارة من صاحبها لا على أنها وسيلة إلى الإفصاح عن إرادته إنشاء العقد الذى تدل عليه وضعا أو بحسب العرف، بل كان صدورها عند

---

(١) راجع شرح كشف الأسرار على المنار «ج٢ص٣٠٩» من عوارض الأهلية.

(٢) أما ما لايمكن نسبته إليه فلا يجعل فيه المكره آلة فى يد المكره وذلك كالأقوال والأكل، فإن الإنسان لا يتكلم بلسان غيره ولا يأكل بفم غيره. فإذا أكره إنسان آخر على النطق بكلمة الكفر لم يكفر المكره. وإذا أكره على الأكل فى رمضان لم يفطر المكره. رد المحتار «ج٥ ص٨٩».

قصد إلى التلفظ، لأجل المحاكاة أو التعلم أو التعليم أو التفهم، أو عن غير قصد إليها كما فى عبارة المجنون والنائم، فإن كلا من الاختيار والرضا يكون معدوما عند ذلك. أما الاختيار فلأنه لايتحقق إلا بالقصد إلى العبارة على أنها وسيلة منشئة للعقد عادة، وذلك لم يتحقق فى الحالين، لأن القصد فى الحال الأولى كان للمحاكاة ونحوها، وفى الحال الثانية كان معدوما، وأما الرضا فلأنه لا يتحقق أبدا إذا انعدم الاختيار، وقد بينا أن الاختيار معدوم.

وقد جعل الحنفية الناسى والمخطئ فى حكم المتذكر والعامد بناء على أن كلا من الخطأ والنسيان أمر باطنى لاسبيل إلى معرفته إلا من جهة من يدعيه. وقد يتخذ ادعاؤه وسيلة إلى تضييع الحقوق، فوجب ألا يصدق فيه، وأن يعتبر بلوغه وكمال عقله أمارة على قصده وعدم خطئه أو نسيانه، فيعامل على هذا الأساس، فيكون الناسى كالمتيقظ، ويكون المخطئ كالمصيب فى قصده، ولكن إذا صدقهما فى ادعائهما من تعاقد معهما فماذا يكون الحكم؟ جاء فى كثير من الكتب أن العقد يكون حينئذ فاسدا بناء على أن عبارة كل منهما عبارة صحيحة لتحقق اختياره فيها. وانعدام رضاه بآثارها، فكان كل منهما فى عبارته كالمكره، وممن قال ذلك: فخر الإسلام البزدوى، وعلله بأن التلفظ ليس أمرا طبيعيا لااختيار فيه، كجريان الماء، بل هو حركة اختيارية. وفى رأيى : أن ذلك غير متحقق فى المخطئ، لأن حركة لسانه عند خطئه حركة لاشعور فيها، وإذا كانت خالية من الشعور بها لم تكن عن اختيار. لأن المختار من يدرى ما يأتيه، والمخطئ ليس كذلك، أما الناسى فهو قاصد إلى اللفظ، ولكنه لم يتلفظ بالعبارة على اعتبار أنها سبب منشئ للعقد الذى تدل عليه، ولذا تكون عبارته كعبارة الملقن أو الحاكى، ولا يعد ذلك مختارا، ويكون الوجه عندى: أن عقد كل منهما غير منعقد فى هذه الحال. كما ذهب إليه الشافعية والزيدية.

ابتناء العقود على الرضا والاختيار

ذهب الحنفية إلى أن قصد العاقد إلى العبارة باعتبارها سببا منشئا للعقد، وإن شئت قلت: اختياره هو أساس انعقاد عقده، لافرق فى ذلك بين عقد وآخر. لتحقق صدور العقد من أهله مضافا إلى محله القابل له، فجعل الشارع صدور

السبب على هذا الوجه دليل إرادة العاقـد إنشاء العقد، لأنه الظاهر الذى يصح أن تبنى عليه المعاملات والارتباطات.

أما رضاه بالحكم فـلا يتوقف عليه الانعقاد. وإنما تتوقف عليـه صحة بعض العقود حتى لايلزم العاقد بما لايرضاه.

والذى دعا الحنـفية إلى هذا الوضـع أنه قد ورد عن الشارع مـايدل على أن العقود تنشأ وتصح مع انعدام الرضا بها. ولذا كانت العقود عندهم قسمين : عقود تصح مع الهزل وأخرى لاتصح معه.

١ ـ فأما العقود التى تصح مع الهزل فـهى النكاح والطلاق والرجعة والعتاق واليـمين؛ وذلك لقولـه ﷺ: «ثلاثة جدهن جـد وهزلهن جـد: النكاح والطلاق والرجعة» وفى رواية «والعتاق» وفى رواية أخرى «واليمين» [١] وقد اعتبرها الشارع صحـيحة مع الهزل حـتى لاتكون محلا للعب اللاعب، لـما فيها من حـقوق الله تعالى، فكان هذا الاعتبـار مستلزما جعل العبـارة فيها قائمة مقـام المعنى، فيترتب عليها الأثر ولو لم يكن من قائلها رضا ولا نية[٢] متى كانت مقصودة له على أنها سبب عـادى لإنشاء العقد. فـإذا صدرت كذلك نشـأ العقد بهـا صحيحـا نافذا، وترتب عليه أثره؛ ولذا كان هذا القسم من العقود لايتوقف على الرضا، ومن هذا صح نكاح المكره وطلاقه وعتاقه ورجعته ويمينه.

(ب) وأما العقـود التى لاتصح مع الهزل فهى العقود التى لم تجـعل العبارة فيها قائمة مقـام معناها لخلوها من حق الله تعالى، ولهذا خالفت النوع السابق من العقود فلم يتـرتب الحكم فيها على القـصد إلى العبارة والتلفظ بهـا فحسب. بل وجب توافر الرضا بآثارها أيـضا. ولهذا لم تصح مع الهزل لانعدام الرضـا معه، ويدخل تحتها عقود المعاوضات المالية مما يقبل الفسخ وخيار الشرط. كالبيع والصلح والإجـارة والمزارعة والمساقاة، وكذلك يدخـل كثير من عقـود المعامـلات كالوكـالة ـ فى غير ما استثنى استحسانا[٣] ـ والرهن وتأجيل الدين والإبراء والكفالة والحوالة

---

(١) راجع كشف الأسرار على المنار فى عوارض الأهلية.

(٢) راجع الهداية «ج٤ ص٧٦».

(٣) والمستثنى : الوكالة بالطلاق والعتاق. وذهب آخرون إلى أن الوكالة بالنكاح كذلك، فتصح مع الإكراه. راجع رد المحتار «ج٥ ص٩٦» وتبيين الحقائق «ج٥ ص١٨٨».

والهبة ونحوها، وهذا القسم من العقود يتوقف انعقاده على الاختيار شأن كل العقود. ولكن صحته تتوقف على تحقق الرضا. فإذا ماصدرت فيه العبارة من قاصد لها على أنها سبب لإنشاء العقد غير راض بها انعقدت، لما قدمنا من أن صدور العبارة على هذا الوجه اعتبر دليل وجود الإرادة.

أما إذا صدرت من غير قصد إليها فإنها لاتنعقد، وعلى ذلك لاينعقد بيع النائم والمغمى عليه ولا إجارتهما لعدم القصد والاختيار، وينعقد بيع المكره والهازل وإجارتهما لتحقق القصد والاختيار منهما ولكن مع الفساد، وذلك لأن هذا النوع من العقود تتوقف صحته على رضا العاقد، وليس كل من المكره والهازل راضيا كما قدمنا، فتقع فاسدة منهما. هذا هو المتفق مع القواعد [1].

ويتم الرضا إذا لم يصاحب العقد غلط ولاتغرير ولاغبن فاحش ولا اشتراط خيار، وكان محله مع ذلك مشاهدا غير معيب، ولبيان ذلك نفصل أحكام هذه الموضوعات فيما يأتى بعد خلاصة الباب.

---

(١) وقد جرى على لسان بعض الحنفية أن بيع الهازل باطل غير منعقد، كما فى الهداية والغنية. ولكن الحموى أول ذلك بأن المراد ببطلانه أنه كالباطل فى الحكم من حيث إنه لايفيد ملكا بالقبض، ولكن الواقع أنه فاسد، بدليل أنه لو ارتفع سبب الفساد فيه فعدل الهازل عن هزله صح العقد ونفذ بلا حاجة إلى تجديده، ولو كان باطلا ما انقلب صحيحا، وهذا هو الحكم فى بيع المكره أيضا إذا ما ارتفع الإكراه فرضى به المكره فإنه ينقلب كذلك صحيحا، وهذا ما دعا زفر إلى أن يذهب إلى القول بأن بيع المكره ونحوه موقوف على إجازته منه بعد زوال الإكراه، فإن اجازه نفذ وإلا بطل، لأن العقد الفاسد لايقبل أن يتحول صحيحا نافذا. بل ذلك هو شأن العقد الصحيح الموقوف، فإنه ينفذ بالإجازة كعقد الفضولى. ويرى أئمتنا الثلاثة أن الفساد نوعان: الأول فساد يرتفع بارتفاع سببه، وهو الناشئ عن الإكراه والهزل، ومثله الناشئ عن جهالة فى الأجل الذى أجل إليه الثمن أو عن عدم تحديد وقت لخيار الشرط، فإن هذا النوع من الفساد يرتفع سببه. والثانى فساد لا يرتفع بارتفاع سببه. كالفساد الناشئ من بيع مال بمال غير متقوم. كبيع كتاب بزجاجة خمر، وإذن فلا يلزم من فساد العقد الا ينقلب صحيحا بارتفاع سبب الفساد. وثمرة هذا الخلاف: تظهر فيما إذا باع المكره شيئا من ماله ثم تسلمه مكرها، فإن المشترى يملكه عندهم بالقبض؛ لأن البيع الفاسد يفيد الملك بالقبض، ماعدا بيع الهازل. وعند زفر لايملكه بالقبض؛ لأن البيع الموقوف لا يترتب عليه أثر مادام موقوفا.

خلاصة الباب

يريد جمهور الفقهاء - عدا الحنفية - بالرضا القصد إلى إنشاء العقد بالعبارة المنشئة له طلبا لآثاره عن رغبة فيها. وذلك لايكون إلا نتيجة لاختيار العاقد. وعلى ذلك فالرضا والاختيار متلازمان لاينفكان ولا يتحققان إلا مع إرادة إنشاء العقد، وينبنى على ذلك أن الرضا والاختيار لايتحققان فى المكره والهازل والمجنون والنائم وما إلى ذلك، غير أن الشافعية ذهبوا فى أحد قوليهم إلى أن الهازل مختار فى التلفظ بعبارته قاصد إلى إنشائها، وذلك آية رضاه وقصده الباطن، فيعامل على هذا الأساس. ولا عبرة بما يزعمه من الهزل حتى تستقر المعاملة.

وذهب الحنفية إلى التفرقة بين الرضا والاختيار، فيفسرون الرضا بالرغبة فى آثار العقد، ويريدون بالاختيار القصد إلى التلفظ بالعبارة المنشئة له على أنها سبب عادى منشئ للعقد وأداة شرعية لذلك، وعلى هذا فكل من المكره والهازل عندهم لايتحقق فيه الرضا لأنهما لايرغبان فى آثار العقد ولا يريدانها، ولكنهما مختاران لأنهما يقصدان العبارة وقد تلفظا بها عن قصد إليها باعتبارها أداة لإنشاء العقد، وإن لم يريدا منها ذلك، أما النائم والمجنون والمغمى عليه والملقن دون فهم وما إلى ذلك، فليس عندهم رضا ولا اختيار، أما عدم الرضا فلأنهم لا رغبة لهم فى آثار العقد الذى تدل عليه العبارة، وأما عدم الاختيار فلعدم قصدهم إلى العبارة باعتبارها أداة شرعية منشئة للعقد، فإن بعضهم لا قصد له ألبتة، وبعضهم لايقصد إليها على هذا الوجه، وعلى ذلك فالرضا والاختيار عند الحنفية أمران مختلفان، والإرادة تجامع الرضا، إذ لايمكن أن يكون هناك رضا من غير إرادة.

وبناء على ماتقدم فالعاقد إذا لم يتحقق منه الرضا بالعقد عند الجمهور لم يكن العقد صحيحا، وإن شئت قلت: إذا لم يكن مختارا لم يصح العقد، وعندئذ فسمه كما تشاء باطلا أو فاسدا. أما الحنفية فيقولون: إن انعقاد العقد منوط بالاختيار، وهو القصد إلى العبارة على أنها أداة شرعية لإنشائه. فإذا تحقق الاختيار لدى العاقد انعقد العقد، ثم بعد ذلك يكون النظر فى صحة العقد. فإن كان من العقود التى لاتوجد إلا صحيحة ولاتنفك صحتها عن انعقادها، وهى النكاح والطلاق والخلع والرجعة واليمين انعقد صحيحا. وإذن يقال: إن صحة

هذه العقود أيـضا منوطة بالقصد كـانعقادها وإن كان من غيـرها فلا يصح إلا إذا تحقق الرضا مع الاختيار، فإذا لم يتحـقق فإنه يكون فاسدا. وعلى ذلك فعقد كل من المكره والهازل فـاسد لتحقق الاختـيار وانعدام الرضا . ولكنه فـساد قابل لأن يرتفع ويزول بإجازتـه من المكره بعد زوال إكراهه ومن الهـازل حال جده، وعـقد المجنون والنائم باطل غير منعقد لانعدام كل من الاختيار والرضا فيهما.

باب الغلط فى العقد

لانعنى بالعقد هنا إلا الصورة الظاهرة الخارجية له توجد على أنها عقد صحيح سليم ثم يتبين بعد ما يلابسها من غلط يكشف عن حقيقتها، فإذا هى صورة عقد لا عقد، أو عقد صحيح قابل للفسخ.

والغلط إما أن يكون باطنيا بأن يكون فكرة خاطئة قامت بنفس العاقد وعليها أنشأ عقده، ولكنه لم يضمن الصيغة شيئا يدل على قيامها بنفسه، وأنه إنما أنشأ العقد على افتراض تحققها. وإما أن يكون ماديا، وذلك بأن تحوى صيغة العقد مايدل على وجود تلك الفكرة وعلى أن العقد نشأ عليها. وإن شئت قلت: أن ينعدم التطابق بين ما تدل عليه صيغة العقد وبين الأمر الواقع الموجود.

والغلط الباطنى لا اعتداد به عند فقهاء الإسلام، لأن العبرة فى العقود عندهم بالعبارة دون النوايا التى لم يدل عليها دليل كما قدمنا. والغلط المادى إذا خالط العقد أثر فى الرضا بوجه عام؛ لأن العقد قد تم على وضع خاص ارتضاه العاقدان، فإذا لم يتحقق هذا الوضع لم يتحقق الرضا به. لأن العاقدين لم يرتضيا وضعا آخر غير الذى دلت عليه الصيغة، وهذا النوع من الغلط قد يترتب عليه ضياع حقيقة العقد. فلا توجد معه إلا صورته، وحينئذ يكون عقدا باطلا لايترتب عليه أى أثر. وقد لايترتب عليه ضياع الحقيقة. ولكن زوال بعض أحكامه، وعند ذلك يكون صحيحا .

فإذا حصل الغلط فى محل العقد نفسه، كأن يشترى إنسان هذا الخاتم الذهب مشيرا إلى خاتم من النحاس، وهو لا يعلم أنه نحاس. ترتب عليه بطلان العقد لأنه غلط تبين منه أن محل العقد ـ وهو الخاتم الذهب ـ معدوم . وإذا انعدم المحل بطل العقد.

وإذا حصل الغلط فى أوصاف المحل، كأن يشترى إنسان هذه البقرة الحلوب مشيرا إلى بقرة غير حلوب كان العقد صحيحا غير لازم، وكان له حق فسخه لفوات الوصف، وهذا إذا كان العقد يقبل الفسخ كالبيع، أما إذا كان لايقبل الفسخ كالنكاح لم يكن لمن حصل الغلط فى ناحيته حق الفسخ، لوقوعه صحيحا لازما عند الحنفية، كما إذا تزوج هذه المرأة البكر فظهر أنها ثيب. وقال أحمد : له فى هذا حق الفسخ أيضا.

ومن ذلك نتبين أن ليس للغلط تأثير مستقل فى العقد، بل يرجع تأثيره إلى مايترتب عليه من فقد محل أو شرط أو وصف. وعلى حسب ما يترتب عليه من ذلك يكون حكم العقد. فنحكم عليه بالبطلان إن فات به المحل أو شرط يرجع إلى الانعقاد، ونحكم عليه بغيره إن فات به من الشروط والأوصاف مالا يقتضى زواله البطلان[1].

---

(١) إذا ترتب على الغلط فى العقد عدم توافر عنصر من عناصره الجوهرية التى يتوقف عليها وجوده، كعدم محله أو عدم موافقة القبول للإيجاب، أو عدم تحقق معناه كان العقد باطلا. ومن أمثلة ذلك ما يأتى:

١ ـ الغلط فى شرط من شروط انعقاد العقد. وذلك كأن يتعاقد الورثة فى تركة مع شخص «على اعتقاد أنه موصى له بحصة شائعة فيها» على قسمتها بينهم جميعا ثم يتبين أن الوصية له باطلة بسبب من أسباب بطلانها وأنه لذلك ليس شريكا فى التركة. ففى هذه الصورة يرى أن الغلط فى شرط من شروط انعقاد عقد القسمة، وهو أن تتم بين الشركاء فى مال مشترك بينهم، وقد غلط الورثة فاعتقدوا أن التركة مشتركة بينهم وبين من تعاقدوا معه على قسمتها وليس الأمر كذلك. وعلى هذا يكون عقد القسمة باطلا، ويرد إلى الورثة ما أخذه مقاسمهم. لأنها فى الواقع مبادلة وإفراز بين الشركاء المتقاسمين، وهذا غير متحقق فيمن ظنوه موصى له.

٢ ـ الغلط فى الإيجاب والقبول، كما إذا صدر إيجاب من أحد العاقدين بقصد إنشاء عقد معين فاخطأ الآخر فى فهمه واعتقد أن المراد به إنشاء عقد آخر وقبل على هذا الأساس، مثال ذلك أن يعطى إنسان آخر مائة جنيه قائلا له انفقها على نفسك. يريد بذلك إقراضه إياها. فيقبلها الآخر على اعتقاد أنها هبة وعطية، وقد يكون مرجع هذا اللبس إلى أن حديثا كان بينهما فى شأن الهبة والقرض واللفظ صالح للمعينين. ومن ذلك ان يقول شخص لآخر: منحتك سيارتى مريدا إعارتها فيتقبلها الآخر على أنها هبة. ففى هذه المسائل وشبهها لاينعقد أحد العقدين. ومرجع هذا البطلان إلى أن القبول لم يطابق الإيجاب فإن الإيجاب بالقرض فى المسألة الأولى، وبالعارية فى المسألة الثانية، والقبول فيهما بالهبة. وقد يجعل مرجعه إلى عدم وضوح دلالة الإيجاب. لأن اللفظ الصادر به يصلح للمعقدين جميعا فلم يتعين المراد منه.

٣ ـ الغلط فى ذات محل العقد، كأن يشترى شخص سوارا على أنه من ذهب فيقول اشتريت هذا السوار الذهب مشيرا إلى سوار من الفضة أو من النحاس وقد موه بالذهب، وكأن يشترى هذا الفص الماس مشيرا إلى فص من زجاج، ففى هذه الصور وما ماثلها مما يكون الغلط فى ذات محل العقد لا ينشأ العقد صحيحا ولكنه وجد باطلا. ومرجع ذلك إلى أن محل العقد الذى تم التعاقد عليه ـ وهو ماوصف فى الصيغة ـ معدوم. وانعدام المحل يترتب عليه بطلان العقد. وقد بنى الحنفية ذلك على أن العبرة بالتسمية والصيغة دون الإشارة، مع أن التعيين بها أقوى من التعيين بالوصف. ذلك لأن القاعدة التى قرروها أنه إذا اجتمعت تسمية المحل والإشارة إليه فى العقد وكان المشار إليه جنسا آخر غير جنس المسمى الموصوف فإن الاعتداد حينئذ يكون بالتسمية، ويكون المحل هو المسمى فى الصيغة دون المشار إليه عند التعاقد. وإن جمعهما جنس واحد كان الاعتداد بالإشارة، وكان المحل هو المشار إليه دون المسمى فى الصيغة، فكان الاعتماد عليها عند اختلاف الجنس لعدم إمكان الجمع بين المسمى والمشار إليه، واستحالة العمل بالوصف والإشارة جميعا، إذ لايمكن أن يقال: إن المسمى فى العقد هو المشار إليه لاختلافهما جنسا، أما إذا اتحدا جنسا فإنه يمكن الجمع بينهما حينئذ =

= بأن يجعل المسمى هو المشار إليه، وإن ماجاء فى الصيغة من أوصاف غير متحققة فيه قد ذكر على سبيل الترغيب فقط. فإذا فاتت هذه الأوصاف ترتب على فواتها حق طلب فسخ العقد فقط. لفوات الوصف. مثال ذلك أن يقول شخص: اشتريت هذا الفص الأبيض من الماس فإذا هو ماس أسود. فالمشار إليه ماس، والمسمى فى العقد ماس. ولكن ذكر فى العقد أنه أبيض ولم يتحقق هذا الوصف. فيكون للمشترى خيار فوات الوصف، والعقد مع ذلك صحيح.

والمراد بالمتحدين جنسا ماتقاربا فى المنافع والقيمة، أما ما تباعدت منافعهما فهما جنسان وإن اتحدا نوعا، فالعبد والأمة جنسان لتباعد الانتفاع بهما. إذ العبد يطلب للخدمة الخارجية والأمة تطلب للخدمة المنزلية والاستمتاع، وكذلك إذا تقاربا فى المنافع ولكن تفاوتت قيمهما تفاوتا فاحشا فإنهما يعتبران كذلك جنسين، كالدارين إذا اختلفتا بناء وصقعا. لاختلافهما فى القيمة اختلافا بينا، أما الذكر والأنثى من الحيوان فجنسهما واحد لتقاربهما منفعة وقيمة، وبناء على ذلك إذا قال إنسان لآخر: زوجتك موكلتى فاطمة هذه ـ وأشار إلى موكلته ـ وكانت تسمى باسم آخر وقبل الثانى الزواج صح العقد على المشار إليها، لأنها والمسماة فى العقد من جنس واحد «راجع الأشباه والنظائر» وحاشية الحموى ص٢٠٠ من الفن الثالث. وإنما يكون هذا النوع من الغلط ذا أثر فى العقد إذا كان غلطا ماديا لأن القاعدة العامة التى تستنبط من فروع الفقهاء أن الاعتداد فى العقود بالعبارة لا بالنوايا، وأن النية إذا لم يقم عليها دليل فى الصيغة لا اعتداد بها، على ذلك فالغلط إذا كان باطنيا فقط لايترتب عليه حكم مهما كان محله ونوعه، ولهذا إذا اشترى سوارا معينا معتقدا أنه من ذهب ولم يكن فى عبارته مايدل على ذلك ثم ظهر أنه نحاس فالعقد صحيح وإن كان مادفع فيه من الثمن يتفق مع هذا الاعتقاد. وكذلك الحكم إذا اشترى فصا وفى اعتقاده أنه ماس وقد دفع فيه قيمة الماس ولكن لم يأت فى عبارته مايدل على ذلك، ثم ظهر أنه من زجاج، حتى إذا اشتراه بعد رؤية ومعاينة لم يكن له خيار رؤية ولاخيار عيب، ولا يستطيع أن يصل إلى فسخ هذا العقد إلا عن طريق الطعن فى الثمن بأن فيه غبنا فاحشا، وسيأتى الكلام فيه. ومما يتفرع من ذلك : أنه لو كان لشخص بنتان كبرى تسمى فاطمة وصغرى تسمى عائشة فخطب إليه آخر كبراهما فزوجها له ولكن عند العقد غلط فى اسمها فسماها عائشة باسم الصغرى، وهو لايريد إلا الكبرى. فإن العقد يقع على الصغرى ويلزم، لأن العبرة باللفظ لا بالنية، وإذا قال عند العقد: زوجتك ابنتى الكبرى عائشة لم ينعقد العقد على واحدة منهما لانعدام محله، إذ ليس عنده ابنة كبرى بهذا الاسم. وأما إذا لم يترتب على الغلط فى العقد إلا فوات أوصاف أو أمور غير جوهرية، فإن كان هذا الغلط باطنيا فلا اعتداد به ولا أثر له، سواء أكان غلطا فيمن تعاقد معه كمن باع داره لشخص معتقدا أنه فلان وليس هو بفلان، أو تصدق على شخص معتقدا أنه قريبه فلان فظهر أنه أجنبى عنه وليس بفلان، أم غلطا فى وصف من أوصاف المحل، كمن اشترى دارا معتقدا أن ناحيتها الشمالية هى المطلة على الطريق، فظهر أنها الشرقية، أم فى قيمة المحل، كمن اشترى سلعة معتقدا أن قيمتها عند الشراء كذا، . فظهر أنها قد تناقصت إلى حد كبير وهو لايعلم، أم غلطا فى الباعث له على العقد، كما إذا اشترى إنسان نصف سفينة فطالب مالك النصف الآخر بالشفعة فسلم له ما اشتراه على ظن أن له حق الشفعة ثم تبين أن لاشفعة فى المنقول فليس له أن ينقض بيعه لمن طالب بالشفعة بناء على ماوقع فيه من خطأ وأنه ما باع إلا بناء على ذلك «راجع البدائع من كتاب البيع ص١٥١» والسبب فى ذلك ما قدمناه من أن العبرة بالعبارة ولا اعتداد بالنية. وإن كان الخطأ ماديا كما إذا =

. . . .

= احتوت الصيغة أوصافا فى المحل ثم ظهر خلو المحل منها فإن هذا الخطأ يؤثر فى العقد. مثال ذلك: أن يشترى سيارة فورد طراز سنة ١٩٣٠، فظهر أنها طراز سنة ١٩٢٠، أو يشترى كتابا على أنه مطبوع سنة ١٩٤٢، فيظهر أنه من طبع سنة ١٩٣٦، أو يشترى لحما على أنه لحم خروف فيظهر أنه لحم شاة. وكان المفهوم أن فوات الوصف يترتب عليه فوات الرضا؛ لأن الرضا بالعقد لم يتم إلا على توافر الأوصاف المنصوص عليها فى الصيغة، فإذا فاتت هذه الأوصاف فات الرضا. وفوات الرضا يستتبع فساد العقد كما بيناه فيما سبق، ولكن الحنفية وكثيرا من غيرهم لم يذهبوا إلى ذلك وفرقوا بين الرضا بإنشاء العقد وهو الرضا الذى يترتب على فواته فساد العقد كما فى عقد المكره والهازل، وبين الرضا بأوصاف المحل، وهذا النوع من الرضا بإنشائه، ويجعل لمن أصابه الضرر بفوات الوصف حق طلب فسخه بخيار فوات الوصف. وإنما يكون هذا الحق لايترتب على فواته - بفوات هذه الأوصاف - عدم الرضا بإنشاء العقد، فإن من يشترى لحما على أنه من خروف راض بإنشاء العقد وطالب لآثاره، غاية الأمر أنه عندما يظهر أن ماورد عليه العقد لحم شاة، يتبين أن العقد الذى أنشأه العاقدان إنما أنشآه فى محل غير مرغوب فيه، فيجعل العقد صحيحا فى ذاته لتحقق الرضا بإنشائه، ويجعل لمن أصابه الضرر بفوات الوصف حق طلب فسخه بخيار فوات الوصف. وإنما يكون هذا الحق عند الحنفية إذا كان العقد مما يقبل الفسخ، كعقود المعاوضات المالية وما ألحق بها، أما ما يصح مع الإكراه كالنكاح، فإن العقد فيه يلزم. ولايظهر لفوات الوصف أثر إلا فى المهر إذا ماكان الوصف شرطا فى العقد. كأن يتزوج إنسان امرأة على أنها بكر فيظهر أنها ثيب، ففى مثل هذه الأحوال إذا كان شرط الوصف من قبل الزوج كما فى هذا المثال، وكان المهر المسمى أكثر من مهر المثل لم يلزم الزوج حينئذ إلا بمهر المثل فقط. دون مازاد عليه، وإن كان الشرط من قبل الزوجة وكان المسمى أقل من مهر المثل ففات الوصف الزم الزوج بمهر المثل، وذلك كأن تتزوجه على أن يكون عالما. فيظهر أنه جاهل. وذهب أحمد إلى أنه لا فرق بين عقد وآخر فى أن فوات الوصف المشترط لا يترتب عليه بطلان العقد ولافساده، ولكن يكون لمن وقع الغلط فى ناحيته الحق فى فسخ العقد سواء أكان عقد بيع أم عقد زواج، وعلى هذا إذا اشترى شخص هذه البقرة على أنها حلوب أو تزوج إنسان هذه المرأة على أنها بكر فوجد البقرة غير حلوب والمرأة ثيبا كان العقدان صحيحين عند أحمد، وكان لكل من المشترى والزوج حق الفسخ.

والتشريع الوضعى يخالف ذلك من ناحيتين:

الأولى: أنه لا يعتد بالخطأ الباطنى متى أمكن المخطىء أن يقيم الدليل على وجوده وعلى أن من تعاقد معه كان واقعا أيضا فى ذلك الخطأ، أو أنه كان على علم به ولم ينبهه إليه، أو كان يستطيع أن يعلمه ولكنه لم يعن بذلك، وتكفى القرائن فى إثبات كل ذلك، وقد علمت أن الشريعة الإسلامية لاتجعل للخطأ الباطنى اعتبارا مهما كانت حاله، ومهما أمكن إثباته.

الثانية: أن الخطأ المعتد به فى التشريع الوضعى هو الخطأ الجوهرى، ويكون جوهريا إذا كان فى الدافع الرئيسى إلى التعاقد، ولولاه ما أقدم العاقد على العقد. وعند ذلك يكون العقد باطلا بطلانا نسبيا بالنسبة لمن أصابه ضرر هذا الخطأ، ولكى يدفع هذا الضرر عنه جعل له الحق فى طلب فسخ العقد من المحكمة، سواء أكان الخطأ فى وصف من أوصاف المحل، كمن يشترى صورة معتقدا أنها من صنع رسام كبير ثم يتبين أنها مزورة أم فى صفة العاقد كمن يتعاقد مع شخص على عمل معتقدا أنه ذو شهادة فنية ثم يتبين أنه ليس كذلك. أم فى القيمة، كمن يبيع سندا بقيمته الفعلية، ثم يتبين أنه كان وقت التعاقد قد ربح جائزة كبيرة، وهذا كله إذا لم يترتب على الخطأ عدم وجود التعاقد، وإلا كان العقد باطلا بطلانا أصليا، وذلك كالخطأ فى حقيقة العقد، أو فى ذات المحل. راجع الموجز فى الالتزامات للأستاذ السنهورى باشا.

خلاصة الباب

الغلط فى العقد قد يكون قائما على فكرة مستقرة فى نفس العاقد لاتطابق الواقع، وليس فى صيغة العقد ما يدل على وجودها فى نفسه، ولا على أن العقد قد بنى عليها، وفى هذه الحال لايكون للغلط أثر ما فى صحة العقد، ولا فى نفاذه، لأن العبرة بالألفاظ لا بالنوايا، ولكن إذا تضمنت صيغة العقد ألفاظا لايتفق الواقع مع معانيها المرادة للعاقدين وقد عقد العقد بناء على أنها تتفق والواقع، ثم ظهر غير ذلك، فإن الغلط فى هذه الحال يكون له أثر فى العقد. فإن كان فى محل العقد كأن يشترى إنسان خاتما من ذهب مشيرا إلى خاتم ظهر أنه من نحاس، فإن العقد يكون باطلا، لانعدام محل العقد حينئذ؛ لأن محله من ذهب والموجود خاتم من نحاس، فيبطل العقد لانعدام محله.

وإن حدث الغلط فى أوصاف المحل، فإن كان فى عقد يقبل الفسخ، كان العقد صحيحا غير لازم بالنسبة إلى من وقع الغلط فى ناحيته، كأن يشترى هذه البقرة الحلوب، فإذا هى غير حلوب. وكأن يشترى هذا الإناء المصنوع فى بلد كذا، فإذا هو مصنوع فى بلد آخر فيكون للمشترى الخيار إن شاء أنفذ العقد وأمضاه وإن شاء فسخه، وإن كان فى عقد لايقبل الفسخ كالزواج، ولم يكن لمن حصل الغلط فى ناحيته حق الفسخ عند الحنفية، كأن يتزوج هذه الفتاة البكر، فإذا هى ثيب. وقال أحمد : له حق الفسخ.

باب الغبن والغرور

الغَبْنُ: النقص، ويراد به أن يكون أحد البدلين فى عقد المعاوضة غير مكافئ للآخر فى القيمة عند التعاقد. فإذا باع شخص كتابا بجنيه وقيمته فى السوق جنيهان أو اشتراه فى هذه الحال شخص بأربعة جنيهات، كان البائع مغبونا فى الحال الأولى وكان المشترى مغبونا فى الحال الثانية، وإذا أجر شخص منزله شهرا بأجرة قدرها عشرة جنيهات، ولاتزيد أجرته فيما هو معروف على خمسة جنيهات أو استأجره فى هذه الحال شخص بجنيهين كان الغبن واقعا على المستأجر فى الحال الأولى وواقعا على المؤجر فى الحال الثانية.

والغبن نوعان : يسير وفاحش، وفى بيان اليسير والفاحش عدة أقوال: منها أن اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين، والفاحش ماعداه. فإذا اشتريت منزلا بألف جنيه وكان بحيث إذا قومه المقومون قومه بعضهم بتسعمائة وخمسين، وبعضهم بألف كان الغبن فيه يسيرا، وإذا كان أقل تقويم له ١١٠٠ جنيه كان الغبن فيه بالنسبة للبائع فاحشا، وإذا كان أعظم تقويم له ٩٠٠ جنيه كان الغبن فيه بالنسبة للمشترى فاحشا؛ لأن الثمن لم يتناوله تقويم المقومين فى الحالين، ومنها أن اليسير ما لا يزيد على خمس الثمن، والفاحش مازاد على ذلك. وهنالك أقوال أخرى، وخير الآراء هو الرأى الأول وعليه الفتوى[1].

والغرور[2]: هو حمل العاقد على معاوضة بطريقة باطلة تجعله يظن أنها فى مصلحته وترغبه فيها والواقع غير مايظن، كأن يشترى شخص سلعة من السلع؛ لأنه قد شاهد غيره راغبا فيها ويزيد فى ثمنها وما كان إلا متظاهرا بذلك لحمل الناس على شرائها، وكأن يشترى شخص شيئا رغبة فيما وصف به بعد الإعلان عنه بما ليس فيه، وكأن يشترى بقرة قد صراها بائعها ليفهمه بذلك أنها كثيرة اللبن.

وكل من الغبن والغرور يؤثر فى رضا العاقد، لأن رضاه فى هاتين الحالتين مبنى على ظن خاطئ، فالمغرور قد ظن خطأ أنه لما رآه من إقبال الناس على المبيع

(١) راجع الإنصاف وكشاف القناع.

(٢) فى القاموس غره غرا وغرورا وغرة فهو مغرور وغرير «كأمير» خدعه وأطمعه بالباطل فاغتر. ا هـ.

مثلا، أو لما نشر عنه من فوائد، أو لما ظنه من كثرة لبنه قد أتيحت له فرصة فانتهزها بإقدامه على الشراء وما أقدم في الواقع إلا على الإضرار بنفسه، والمغبون يظن خطأ أنه قد اشترى الشيء بقيمته لجهله بالقيمة، غير أن هذا الظن الخاطئ إذا كان نتيجة غرور فصاحبه هو المسئول عنه، لأنه نتيجة عدم احتياطه، فلا يترتب عليه في العقود أى أثر[1] في جميع هذه الصور، اللهم إلا إذا صحبه غبن، فإنه في هذه الحال يجعل الغبن أقوى أثرا كما سيأتي، وعلى ذلك إذا ما أعلن عن دواء أنه مفيد لمرض كذا وكذا فاشتراه شخص بقيمته بناء على ذلك فوجده غير نافع لم يكن له حق فسخ العقد، ولم يكن لهذا الغرور أثر فيه، وكذلك الحكم بالنسبة للمغبون عند أئمتنا، كما جاء في ظاهر الرواية، لأن غبنه نتيجة تقصيره، فقد كان بحيث يستطيع أن يسأل عن قيمة ما يريد شراءه قبل الإقدام على العقد.

وعلى ذلك فإذا أقدم إنسان على عقد معاوضة فغبن فيه، فإن هذا الغبن قد يكون يسيرا وقد يكون فاحشا، فإن كان يسيرا فلا تأثير له في العقد، لأن الغبن اليسير قلّ أن يخلو منه عقد، ولأنه كذلك غبن محتمل، ومن العسير الاحتراز

---

(1) يرى كثير من علما التشريع الوضعي الحديث ان المغرور كالمكره في أن كلا منهما قد دفع إلى عقد لايقدم عليه ولايرضاه لو أنه كان في حالته العادية، وكان يعمل بإرادته السليمة الصحيحة. ومادام كل منهما قد حمل على غير ما يرضى لو أنه ترك لإرادته السليمة فلا يؤثر في الموضوع اختلاف وسائل الحمل، إذ الأثر واحد وهو ضياع الإرادة السليمة. وفي رأيي ان هذا القول ينقصه شيء من دقة الوزن، فإن انقياد المغرور لمن غره وخدعه لم يكن إلا بعد نظر منه فيما اتخذ معه من وسائل الخداع والتدليس ووزن لنتائجها أعقبها الرضا والاختيار والاطمئنان. وهذا غاية ما يعطى للعقد من حرية وإرادة، فإذا أخطأ فتلك طبيعة الإنسان. وأى الناس لا يخطئ؟ وليس من أغراض التشريع أن نحول بين كل مخطئ وبين خطئه، وإذن يجب أن يسلم تصرفه إقرارا للمعاملات واحتراما للتعاقد واعتدادا بالرأى وإن ظهر أنه خطأ. وهذه التفرقة قد تكون واضحة إذا كانت وسائل التضليل ليس لها أثر مادى في محل العقد، أما إذا كان لها اثر مادى في محل العقد، كما في تحسين وجه الصبرة من الطعام عند بيعها وتصرية الشاة ودهن الأثاث المصنوع من الخشب بدهان يزيد في بهائه ورونقه، فقد يدق في مثل هذه الحال الفرق، وخاصة على من ليست له دراية بمثل هذه الوسائل، إلا أن هذا ليس له كبير أهمية في العمل والتطبيق لأنه إذا ترتب على ذلك غبن أو ستر عيب كان للمغرور حينئذ خيار الفسخ بالغبن أو بالعيب. وذهب أحمد ومالك إلى أن التدليس إما أن يكون بكتمان العيب فيكون للمغرور خيار العيب، إما لفعل شيء يزيد في قيمة المعيب عند البيع. وعندئذ يكون للمغرور بذلك خيار الفسخ للغرور، وليس للمغرور خيار الفسخ في غير ذلك. راجع كشاف القناع ومنح الجليل والشرح الصغير «ج٢ ص٥٠» وإلى هذا ذهب الشافعي كما في الروض «ج٢ ص٦٢» ونهاية المحتاج «ج٤ ص٦٩».

والمغرور بالتصرية ليس له أن يرد عند الحنفية بناء على رأيهم في الغرور، ولا يرجع بنقصان على رواية صاحب الأسرار. ويرجع به على رواية الطحاوى. ومن الظاهر أن محل ذلك إذا ترتب على التصرية غبن. أما إذا لم يترتب عليها غبن فلا رجوع فيما يظهر على الروايتين ا هـ. رد المحتار «ج٤ ص١٠٨».

عنه. وقد جرت عادة الناس بإغفاله فلذلك أغـفل ولم يتأثر به العقد، وقد استثنى من ذلك ما يأتى:

(١) بيع المدين المحجور عليـه بسبب دينه المستغرق لماله، لا يغتـفر فيه الغبن مطلقا، ولذا كان متوقفا على إجازة الدائنين أو تكملة الثمن إلى القيمة، فإن أجاز الدائنون أو كمل المشترى الثمن نفذ البيع وإلا بطل.

(٢) بيع المريض مرض الموت إذا كـان مدينا بدين مـستغـرق، فحكمه كـما سبق، وإذن يكون مـرض الموت كالحـجر للدين، غيـر أن توقف بيعـه لايظهر إلا بموته ليتحقق أن المرض مرض الموت كما قدمنا.

وإن كان فاحشا ففى تأثيره عند الحنفية ثلاثة أقوال[١]:

الأول ـ أن لا أثر لهذا الغبن مطلقا فى العقود، سواء أنشأ عن غرور أم لا، وهذا ما جـاء فى ظاهر الرواية، وبه أفـتى كثيـر من العلماء. ووجـهه أن عـقود المعاوضات يجب أن تصان ما أمكن عن الفـسخ، وخاصة إذا ما كان لسبب يرجع إلى تقصيـر العاقد كمـا هنا. فإن العاقد إذا أقـدم وهو يعلم الغبن فلا حق له فى الاعتـراض لتحقق رضاه على وجـه الكمال، وإذا كان جـاهلا بالغبن فذلك ناشئ عن عدم تأنيه وبحـثه وسؤاله أهل الذكر، وذلك تقـصير منه لاتقع تبعـته إلا عليه وحده، والعقد ليس له وحده، وإلى هذا ذهب الشافعى[٢].

الثانى ـ أن للمغبون حـق الفسخ إذا ما تعاقد جاهلا أنه مغـبون وإن لم [illegible] عن غرور لأن الغبن ظلم، والظلم واجب أن يرفع، أما إذا تعاقد وهو يعلم [illegible] عليه من غبن فلا يكون لهذا الغبن أثر لرضاه به، وبهذا القول أفتى بعض العلما[illegible] وإلى هذا ذهب أحمد[٣].

الثالث ـ أن الغبن إن كان نتيجة غرور وقع على أحد العاقدين من الآخر [illegible] ممن يعمل له كالدلال، فلـلمغبون الغرير حق فـسخ العقد لسوء نية العـاقد الا[illegible] وتضليله وإلا لم يكن له هذا الحق، وهذا هـو أعدل الأقوال، وبه أفـتى كثـير العلماء رفقا بالناس. وثمة أقوال أخرى لا داعى إلى الإطالة بذكرها.

---

(١) راجع رسالة ابن عابدين فى الفسخ بالغبن.

(٢) راجع الإنصاح.

(٣) راجع كشاف القناع ج٥ ص٥٥١.

غير أن الغبن الفاحش إذا كان فى أموال المحجور عليهم كالصغير والسفيه والمجنون، أو فى أموال بيت المال، أو فى أموال الوقف أثر فى العقد اتفاقا فأبطله، لأن تصرف من له الولاية على هذه الأموال فيها منوط بالنظر والمصلحة، وليس هذا التصرف من المصلحة فى شىء، ولذلك يقع باطلا، لأنه لا مجيز له عند مباشرته، وذهب بعضهم إلى أنه يقع فاسدا لا باطلا، لصدور التصرف من أهله فى محله. وهذا الرأى هو الراجح لاتفاقه مع القواعد العامة [1]؛ لأنه عقد منهى عنه لوصف عرض له، وهو الغبن الضار بالمولى عليه. وبناء على ذلك إذا باع الوصى مال الصغير بغبن فاحش، أو أجر داره بغبن فاحش، أو أجر ناظر الوقف دار الوقف بغبن فاحش كان العقد فاسدا على الرأى الراجح.

(١) راجع الأشباه والنظائر والحموى عليه ورد المحتار.

خلاصة الباب

الغبن والغرور: الغبن النقص، وهو يسير إن دخل تحت تقويم المقومين، وفاحش إن لم يدخل. والغرور أو التدليس، هو حمل الشخص على عقد بطريقة تجعله يظن أن إنشاء العقد فى مصلحته والواقع غير ذلك. كالشراء عقب النجش، أو بناء على إعلان عن المبيع ودعاية كاذبة فى مزاياه.

والتدليس لا تأثير له فى صحة العقد، ولا فى لزومه إذا لم يترتب عليه غبن بالعاقد، لأنه ليس إلا خداعا، والاندفاع وراءه نتيجة تقصير، فتكون التبعة على المقصر، ولكنه إذا أخفى عيبا أو ترتب عليه غبن كان التأثير لوجود العيب، فيثبت خيار العيب، أو التأثير لوجود الغبن، فيثبت خيار الغبن عند من يراه. (والغبن اليسير لا تأثير له فى العقد؛ لأن وجوده متساهل فيه عادة، إلا فى بيع المحجور عليه بسبب الدين المستغرق أو المريض مرض الموت إذا كان مدينا بدين مستغرق، فإن البيع يتوقف فى الحالين على تكميل ثمن المثل أو إجازته من الدائنين).

وأما إذا كان فاحشا، فلا تأثير له فى ظاهر الرواية أيضا، وقد أفتى بأنه إذا كان نتيجة تدليس كان للمغرور خيار الفسخ، ولا يغتفر الغبن الفاحش فى بيع أموال الصغير والسفيه والمجنون وبيت المال والوقف، وإذا وجد كان العقد باطلا أو فاسدا على الخلاف فى ذلك.

باب الخيارات

الخيارات: جمع ومفرده خيار، وهو مشتق من الاختيار ويدل على معناه، وهو طلب خير الأمرين أو الأمور، ويريد به الفقهاء أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما حق إمضاء العقد أو فسخه، وقد شرع ليكون وسيلة إلى كمال الرضا والتأكد من سلامته وابتنائه على أساس صحيح، ولذا شرع فى أحوال خاصة تدعو العاقدين أو أحدهما إلى التروى والبحث والتحرى، أو الرجوع إلى مشاورة نفسه مرة أخرى، فقد يكون العاقد ناقص الخبرة فى موضوع المبادلة ويرى نفسه فى حاجة إلى الاستيثاق من توافر مصلحته، وإذا أرجأ العقد لهذا قد يخرج من مكنته فى المستقبل، فشرع له لأجل ذلك أن يشترط لنفسه الخيار فى مدة معينة من الزمن ليتسنى له البحث، وهذا ما يسمى بخيار الشرط.

وقد يشترى الشخص لنفسه شيئا أو يستأجره قبل أن يراه لضرورة دعته إلى ذلك معتمدا على أن غيره قد صوره له بصورة خاصة بنى رضاه عليها، فإذا ما رآه وجده على خلاف ما ارتسم فى نفسه، فلا يتحقق عندئذ رضاه به، فيحتاج إلى مشاورة نفسه فى إمضاء العقد أو فسخه. ولمثل هذا شرع له خيار الرؤية.

وقد يجد محل العقد معيبا أو على غير ما اشترط، وما رضى به إلا سالما متحققة شروطه فيه، فيحتاج حينئذ إلى الفسخ، ولذا شرع خيار العيب، وخيار فوات الوصف، وهكذا.

ومما تقدم يتبين أن من الخيارات ما لايثبت إلا باشتراط العاقدين، كخيار الشرط، ومنها ما يثبت بشرع الشارع ولو لم يشترطه العاقدان كخيار الرؤية والعيب. وما يثبت بشرع الشارع قد يكون خاصا بعقد من العقود، كخيار البلوغ، فإنه خاص بالزواج، وقد لا يختص بعقد بل يثبت فى أكثر من عقد كخيار الرؤية، ولأننا الآن بصدد الكلام على ما للعقود من أحكام عامة نقتصر على بيان الخيارات التى تكون فى كثير من العقود، ونترك بيان ما يختص بكل عقد منها إلى دراسة هذا العقد وتفصيل أحكامه. وعلى هذا نفصل أحكام خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب.

خيار الشرط

التعريف به ولمن يثبت؟: هو ما يثبت لأحد العاقدين أو لغيرهما من الحق فى إمضاء العقد أو فسخه بناء على اشتراط ذلك له. وعلى ذلك قد يشترط للبائع، كأن يقول شخص لآخر: بعتك هذا الكتاب بخمسين قرشا على أن يكون لى الخيار فى إمضاء هذا البيع أو فسخه فى ثلاثة أيام، ويقبل المشترى ذلك، وقد يشترط للمشترى، فيقول المشترى ابتداء: اشتريته منك على أنى بالخيار ثلاثة أيام ويقبل البائع ذلك، وقد يشترط لكل منهما، فيقول البائع: بعتك هذا الكتاب على أن يكون لكل منّا الخيار فى فسخ هذا العقد وإمضائه فى ثلاثة أيام ويقبل المشترى ذلك، وفى هذه الصور قد يكون اشتراط الخيار للعاقد صادرا منه نفسه كما بينا، وقد يكون صادرا من صاحبه له، كأن يقول البائع: بعتك هذا الكتاب على أنك بالخيار فى إمضاء العقد أو فسخه ثلاثة أيام فيقبل المشترى، وفى هذه الصورة يكون الخيار للمشترى لا للبائع، وقد يشترطه أيضا المشترى للبائع، فلا يكون إلا للبائع. فإذا شرط الخيار لأحد العاقدين كان له فقط، سواء أكان الشرط منه أم من صاحبه.

اشتراط الخيار لغير العاقدين: وقد يشترط الخيار لشخص آخر غير العاقدين فيشترطه له البائع أو المشترى: عندما يريد أن يكون موافقا على الصفقة لخبرته بها[1]، كأن يقول البائع أو المشترى: بعت الكتاب بكذا، أو اشتريت الكتاب بكذا على أن يكون لفلان الخيار فى إمضاء العقد أو فسخه فى ثلاثة أيام ويقبل الآخر. وفى هذه الحال يكون الخيار لمن شرط له ، ويكون كذلك لمن اشترطه وإن لم يجعله لنفسه، لأنه لايسوغ أن يملك غيره ما لايملكه هو، فكان اشتراطه الخيار لأجنبى عن العقد اشتراطا لنفسه أيضا. وفى هذا خالف زفر، فقال: لايصح اشتراط الخيار لأجنبى عن العقد، لأن فيه إثبات بعض آثار العقد لغير عاقده، فلا يجوز. كجعل الثمن على غير المشترى. ورد ذلك بأنه يجوز لمن اشترط له الخيار

(١) وممن قال بجواز ذلك مالك، كما فى تهذيب الفروق، والخرشى «ج٥ ص١٣٢» وكذا أحمد، كما فى كشاف القناع «ج٢ ص٤٨» والشافعى كما فى نهاية المحتاج «ج٤ ص١٢».

من العاقدين أن يوكل غيره فى إمضاء العقد أو فسخه اتفاقا، وإذا جاز له أن ينيب فى ذلك بعد العقد لم يمنع من أن ينيب غيره فيه أثناء العقد، واشتراط الخيار للأجنبى من باب الإنابة له، ولذا قلنا: إنه يثبت للاثنين: المشترط ومن شرط له.

سببه: ومن هذا يتبين لنا أن سبب ثبوت هذا الخيار هو اشتراطه فى العقد من أحد العاقدين، ولذا سمى بخيار الشرط أى الخيار الذى سببه الشرط، وأن هذا الشرط صحيح وإن خالف مقتضى العقد، فأنت تعلم أن عقد البيع مثلا من العقود اللازمة وأن شرط الخيار يجعله غير لازم، فكان تغييرا لبعض آثاره، وسبب صحته مع هذا: ورود الشرع به، فقد ورد أن حبان بن منقذ الأنصارى كان يغبن فى البياعات، وأن أهله قد رفعوا أمره إلى النبى ﷺ عسى أن يمنعه. فقال له النبى «إذا بايعت فقل: لا خلابة، ولى الخيار ثلاثة أيام» والخلابة الخداع، وهذه إجازة صريحة من النبى ﷺ لهذا الشرط وشرع لهذا الخيار.

وقت اشتراطه: وقد ذهب الحنفية إلى أن هذا الاشتراط لايصح قبل العقد ولكن يصح أن يكون فى أثناء العقد كما مثلنا، ويصح أن يشترط بعد انتهائه باتفاق العاقدين فيلتحق حينئذ بالعقد وكأنه قد شرط فيه، لأن من يملك فسخ العقد يملك جعله غير لازم بطريق أولى، وخالف فى ذلك أحمد والشافعى.

محله: وكذلك يصح أن يشترط فى جميع المبيع. فيكون لمن شرط له حق فسخ العقد فى محله كله، وأن يشترط فى بعض المبيع بشرط تعيينه وبيان ثمنه، فيملك من شرط له حق فسخ العقد فى ذلك البعض فقط، كأن يشترى شخص دارين على أن يكون له الخيار فى واحدة منهما على التعيين بثمن قدره كذا. أو يشترى دارا على أن يكون له الخيار فى نصفها مثلا إذا عين ثمن النصف بأنه نصف الثمن أو أكثر، ففى هذه الحال يملك فسخ عقد البيع فى الدار التى شرط فيها لنفسه الخيار. ويبقى العقد لازما فى الدار الثانية بثمنها المخصص لها. أو فسخه فى نصف الدار فقط، ويبقى العقد فى النصف الآخر بثمنه، ويكون بذلك شريكا للبائع فيها، لكل النصف شائعا.

مدته: وقد ذهب أبو حنيفة والشافعى وزفر إلى أن هذا الخيار مؤقت بمدة لاتزيد على ثلاثة أيام [(١)]، فقد ورد بها الحديث السابق، ولايصح أن يقاس عليها غيرها، وذهب أحمد بن حنبل والصاحبان إلى أنه مؤقت بما يرى العاقدان توقيته به من مدة يحتاج إليها فى نظرهما، لأنه شرع للتروى، وقد يقتضى فى بعض الأحوال مدة أطول من الثلاثة فشابهت مدته مدة التأجيل وتعيين الثلاثة لحبان من الرسول إنما كان لعدم حاجته إلى ما فوقها، ولامانع من أن يكون ذكر الأيام الثلاثة محلا لقياس غيرها عليها، لأنه حكم معقول العلة، والسبب، وليس خاصا، وقد ورد عن عبدالله بن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين، مذهب مالك[(٢)] إلى مذهب الصاحبين وأحمد أميل[(٣)] وعلى ذلك إذا اشترط أحد العاقدين الخيار لنفسه أو لغيره عشرة أيام فسد العقد عند أبى حنيفة، لاقترانه بشرط فاسد، وهو اشتراط الخيار فوق ثلاثة الأيام، وصح العقد والشرط عند الصاحبين وأحمد، وكذلك عند مالك إن وجدت حاجة إلى ذلك، غير أن أبا حنيفة يرى أن فساد العقد فى هذه الحالة يرتفع بارتفاع المفسد، فإذا اختار من شرط له الخيار قبل مضى ثلاثة أيام صح العقد، خلافا لزفر، وذلك يرجع إلى أن زفر لايرى العقد الفاسد قابلا لأن ينقلب صحيحا خلافا لأبى حنيفة، وقد بينا ذلك فيما مضى، وإذا اشترط أحد العاقدين الخيار لنفسه دون أن يذكر مدة كان شرطا فاسدا باتفاق، لاتفاق الجميع

---

(١) واستثنى من ذلك اشتراطه من الكفيل ومن المختلعة، وعلة ذلك: أن الكفالة والخلع ليسا من قبيل المعاوضات، وشرطه فيهما متفق مع القياس غير راجع إلى النص. وهو حديث حبان فيصح بأية مدة، وزاد فى البزازية على ذلك اشتراطه للمحال. واشتراطه فى الوقف فوق الثلاثة جائز أيضا، لأن لزوم الوقف ليس على قول الإمام، بل على قول الصاحبين اللذين يجوزان الزيادة على الثلاثة «فى مدته» راجع كشف الأسرار على المنار فى باب عوارض الأهلية «ص٢٩٨» ورد المحتار، ولكن جواز اشتراطه فى الوقف عند الثانى كما فى رد المحتار «ج٤ ص٥٤».

(٢) وفى تهذيب الفروق: وليس لمدته قدر محدود عند مالك، وإنما تتقدر بقدر الحاجة على حسب اختلاف المبيعات «ج٣ ص٢٨٢» وفى الشرح الصغير للدردير «ج٢ ص٤٢» أن مدته تختلف باختلاف المبيع، ففى العقار لاتزيد على ستة وثلاثين يوما. وفى الرقيق لاتزيد على عشرة وفى العروض والحيوان لاتزيد على خمسة، فإذا زادت فسد الشرط، وهناك أقوال أخرى، والنتيجة أن المالكية لايجعلون للعاقدين الحرية التامة فى تقدير المدة بل يجب أن يكون تقديرها مناسبا لما تقتضيه حال السلعة المبيعة.

(٣) إذا كان المبيع فاكهة يخشى عليها الفساد قبل مضى ثلاثة الأيام فاشترط مشتريها لنفسه الخيار ثلاثة أيام فما الحكم؟ عند أبى حنيفة يجبر المشترى على تسلم الفاكهة ولا يطالب بالثمن حتى يمضى البيع أو تفسد الفاكهة فيمتنع عليه الرد بسبب الفساد، ولايضيره ذلك، لأنه إذا أراد فسخ العقد وجب عليه أن يفسخه ويرد الفاكهة قبل فسادها ا . هـ من الفتح.

على لزوم توقيته، فتفسد به عقود المعاوضات من البيع والإجارة كما قدمنا فى الكلام على الشروط الفاسدة [١].

العقود التي تقبله : تنقسم العقود قسمين: قسم لايقبل الفسخ، كالزواج والطلاق[٢] والعتاق والرجعة، وهذا لايقبل خيار الشرط لأنه يتنافى مع مقتضاه فإن خيار الشرط يقتضى الفسخ إذا مارغب فى الفسخ من شرط له، وهذه العقود لاتقبل أن تفسخ[٣]. وقسم يحتمل الفسخ، وهو نوعان: نوع غير لازم فيستقل أحد العاقدين بفسخه. وهذا لامعنى لاشتراط خيار الشرط فيه، لأنه يقبل الفسخ من غير اشتراط، وذلك كالوكالة والهبة والعارية والوديعة. ونوع لازم، وهذا هو الذى يصح اشتراط الخيار فيه، وذلك كالبيع والإجارة والصلح والمزارعة والمساقاة والقسمة والحوالة وغير ذلك من العقود التى تقبل الفسخ [٤]، ولايشترط فى صحتها القبض، أما إذا كان القبض شرطا فى صحتها كالصرف والسلم فلا يصح فيها اشتراط الخيار أيضا، لأن صحة اشتراطه فيها تستلزم عدم وجوب القبض، وذلك كما إذا شرط للمسلم «المشترى» أو المسلم إليه «البائع» أو شرط لأحد عاقدى الصرف [٤]، وعدم القبض مفسد لهذه العقود، ومما يصح فيه كذلك اشتراط الخيار ترك الشفعة بعد الطلبين الأولين (المواثبة والتقرير) فيقول الشفيع :

---

(١) ولكنه إذا اختار قبل مضى ثلاثة أيام صح العقد عند الإمام، وإن اختار بعد مضيها صح عند الصاحبين لاعنده. راجع الشلبى على الزيلعى.

(٢) قد يرد على ذلك أنهم نصوا على صحة اشتراط الخيار فى الوقف عند أبى يوسف كما فى الأشباه والنظائر، مع أنه لازم لا يقبل الفسخ، وقد علمت أن شرط الخيار فيه لا يتقيد بمدة الأيام الثلاثة، ويستثنى وقف المسجد. فإن اشتراط الخيار فيه باطل اتفاقا. رد المحتار «ج٤ص٥٤».

(٣) هكذا قالوا. وهذه العلة منقوضة بالنكاح، لأنه يحتمل الفسخ بالردة والرفع بالطلاق، ومنقوضة أيضا بإسقاط الشفعة، لأنه لايحتمل الفسخ. وقد أجيز فيه الخيار. وإذا علمنا أن ثبوت الخيار يمنع ابتداء الحكم وظهوره فلا تنافى بين صحة اشتراط الخيار وبين عدم قبول هذه العقود للفسخ؛ ذلك لأنها لاتقبل الفسخ بعد ظهور حكمها وأثرها، أما قبل ذلك فلا مانع من أن يقال: إن العلة قد ارتفعت، وذلك كما فى الخلع والطلاق على مال والعتق على مال فإنهم أجازوا للمرأة والعبد اشتراط الخيار مع أن الخلع طلاق، وهو لايرتفع بعد ثبوته ولايقبل الفسخ، وكذلك الحال فى العتق. وعلى هذا فالتعليل غير ظاهر.

(٤) يجوز اشتراط الخيار للراهن لأن العقد بالنسبة له لازم لا للمرتهن، لأن العقد بالنسبة له غير لازم. وكان المفهوم أن يكون الحكم كذلك فى الكفالة فيجوز اشتراطه للكفيل دون المكفول له، لأن الكفالة لازمة بالنسبة إلى الكفيل غير لازمة بالنسبة إلى المكفول له، ولكن رأيت فى رد المحتار: أن اشتراطه جائز بالنسبة لهما، فلينظر وجه ذلك بالنسبة للمكفول له. راجع رد المحتار فى باب خيار الشرط «ج٤ ص٥٣» نقلا عن البحر، ومثل ذلك فى جامع الفصولين «ج١ص٢٤٢».

(٤) راجع جامع الفصولين «ج٢ ص٢٤١».

أترك حقى فى الشفعة على أنى بالخيار فى ذلك ثلاثة أيام، فيكون للشفيع بذلك حق الرجوع عن ذلك، وإمضاؤه فى مدى الأيام الثلاثة متى حددها[1].

وبناء على ماتقدم إذا تصالح شخصان على أن يكون لأحدهما الخيار مدى ثلاثة أيام صح ذلك، وكذلك إذا استأجر دارا على أن يكون له الخيار، أو كفل أو زارع، وعلى هذا المنوال تتضح لك بقية الأمثلة.

آثاره: يترتب على اشتراط خيار الشرط فى أى عقد ما يأتى:

الأول - أن يكون لمن شرط له الخيار من العاقدين الحق فى أن يمضى العقد أو يفسخ، فيختار خير الأمرين له، ولايلزم فى ذلك اللفظ، بل يصح أن يكون إمضاء العقد أو فسخه به وبكل فعل يفيد ذلك، فيلزم العقد عند إمضائه وينفسخ عند فسخه دون حاجة إلى القضاء، وإذا لزم لم يصح أن يفسخ بعد ذلك إلا بتراضى عاقديه.

وعلى ذلك إذا كان الخيار للمشترى مثلا فقال: أمضيت العقد، أو تصرف فى المبيع تصرفا لا يكون إلا من مالك، كأن يؤجره أو يرهنه أو يبيعه - وإن لم يترتب على ذلك تسليمه إلى المستأجر أو المرتهن أو المشترى، أو يبنى فيه إذا كان أرضا، أو يعمره إذا كان دارا، أو ينتفع بركوبه فى قضاء حاجاته إذا كان مما يركب، فإن العقد فى كل هذه الصور وما شابهها يلزم، لإمضائه صراحة أو دلالة من المشترى.

وإذا كان الخيار للبائع مثلا فقال: فسخت العقد. أو باع المبيع لشخص آخر، أو كان أرضا فبنى فيها منزلا لنفسه، فإن ذلك يكون إبطالا للعقد، فينفسخ به دون توقف على قضاء القاضى بذلك[2].

---

(١) قد يقال: كيف صح اشتراط الخيار فى إسقاط الشفعة والإسقاط لازم لايحتمل الفسخ، وكذلك يقال بالنسبة لمن صحح اشتراط الخيار فى الإبراء، وعلى الجملة فقد اختلف النقل فى صحة اشتراط الخيار فيه. فذكر فخر الإسلام أنه صحيح، ونقل الحموى عن العمادية أنه اشتراط باطل. وبه جزم صاحب الخصائص نقلا عن الخلاصة فى أول كتاب الهبة. راجع رد المحتار «ج٤ ص٥٤».

(٢) وذهب بعض الحنابلة إلى أن الفسخ من البائع لايتم إلا برده الثمن إذا كان قد تسلمه من المشترى. واعتمد ذلك صاحب الكشاف «ج٢ ص٤٩». ويرى الحنفية فى هذه الحال أن للمشترى أن يحبس المبيع عنده حتى يرد البائع الثمن إليه. راجع جامع الفصولين «ج١ ص٢٤٤».

وإذا شرط الخيار لكل من العاقدين كان لكل منهما إمضاء العقد وفسخه، فإذا فسخه أحدهما بطل وسقط بذلك خيار الآخر، إذ لا خيار إلا فى العقد وقد بطل، وإذا أمضاه كان الآخر على خياره فيفسخه أو يمضيه إن أراد.

مضى المدة وموت من له الخيار فيها : وكما يلزم العقد بإمضائه قولا أو فعلا يلزم بموت من له الخيار فيها، وكذلك يلزم بمضيها من غير حصول اختيار منه لأحد الأمرين، فإذا كان للبائع أو للمشترى فتوفى قبل أن يختار، أو مضت مدة الخيار ولم يختر، لزم العقد بالنسبة له، وذلك لأن العقد مع الخيار قائم، ولا يرتفع إلا بالفسخ. وإذا مات من له الخيار تعذر الفسخ من ناحيته، فأصبح العقد لازما من جهته، فيلزم إذا لم يكن الخيار مشروطا للعاقد الآخر، وكذلك الحال فى مضى المدة، لأن من شرط له الخيار لايملك فسخ العقد إلا فيها. فإذا مضت ولم يفسخ لزم من ناحيته [1].

وإذا كان الخيار لهما ومات أحدهما لزم العقد من ناحيته كذلك، وكان الآخر على خياره، وكذا إذا مضت المدة دون أن يختار أحدهما فإن العقد يلزم بمضيها بالنسبة لمن مضت مدته دون الآخر فإنه يبقى على خياره.

شرط الخيار لغير العاقدين: وإذا كان الخيار مشروطا لشخص آخر غيرهما فإن الخيار يكون له ولمن اشترطه [2]، فإذا سبق فأمضى العقد أو فسخه نفذ ما أراد ولم يكن للآخر مخالفته، فإن أمضاه أحدهما وفسخه الآخر ولم يعلم السابق فالفسخ أولى بالتنفيذ، لأنه أقوى، إذ إنه لاينقض.

غير أنه يجب أن يلاحظ فى كل ماذكر أن فسخ العقد إذا كان بفعل ممن له الخيار ترتب عليه أثره وإن لم يعلم به العاقد الآخر. كما إذا كان للبائع فباع المبيع

(١) وإلى هذا ذهب الشافعى وأحمد. وذهب مالك إلى أن الخيار ينتهى بمضى المدة وما ألحق بها من الزمن اليسير كالغد، ولكن الحكم ليس لزوم العقد دائما، بل ينظر إلى المبيع مثلا. فإن كان فى يد المشترى ومضت المدة وهو فى يده من غير اختيارممن جعل له حق الخيار سواء أكان بائعا أم مشتريا - فإن العقد يلزم ويكون المبيع له. وإن كان فى يد البائع ومضت المدة وما ألحق بها كذلك من غير اختيار ممن له الخيار ارتفع العقد وصار المبيع للبائع وليس للمشترى. راجع نهاية المحتاج «ج٤ ص٨»، وكشاف القناع «ج٢ ص٥٠» والخرشى «ج٥ص١٢٩».

(٢) وأصح الأقوال عند مالك: أن الخيار يكون لمن شرط له فقط دون من اشترطه من المتعاقدين، لأنهما باشتراطه لغيرهما أعرضا عن أنفسهما فلا يكون لهما البت فى العقد، وهذا بخلاف ما إذا علقاه على مشورة غيرهما. فإن لهما عند ذلك الاستبداد بإمضاء العقد أو فسخه، دون من علق العقد على مشورته. راجع الشرح الصغير «ج٢ ص٤١».

لشخص آخر غير المشترى. أو كان للمشترى فتصرف فى الثمن وهو عين. وإن كان بقوله، كفسخت العقد ونحوه لم يترتب عليه أثره، وهو انفساخ العقد إلا عند علم العاقد الآخر به فى مدة الخيار [1]، فإن مضت المدة قبل أن يعلم لزم العقد على الرغم من اختيار فسخه، ذلك لأن العقد لايفسخ إلا عند العلم بالفسخ، وإذا مضت المدة قبل العلم به مضت والعقد قائم فيلزم لذلك، إذ لايفسخ بعد مضى المدة. وفرقوا بين الحالين بأن الفسخ فى الحال الأولى فسخ ضمنى، فلا يشترط فيه العلم، وفى الثانية قصدى، فيشترط فيه العلم حتى لايتضرر العاقد الآخر، لأنه إذا كان الخيار للبائع ففسخ ولم يعلم المشترى فربما ظن أنه أمضاه فيتصرف فى المبيع بإتلاف أو ما فى معناه فيلزم بقيمته، وقد تكون أكثر من ثمنه. وإذا كان للمشترى ففسخه بلا علم البائع تضرر، لعدم تمكنه من البحث عن مشتر آخر، وهذا ماذهب إليه الطرفان. والواقع أنه لافرق بين الحالين، ولذا ذهب أبو يوسف والشافعى وأحمد ومالك وزفر إلى أنه لايشترط علم العاقد الآخر فى الحالين ولا فرق بينهما [2]، لأن حق الفسخ ثابت لمن شرط له الخيار. فلا يتوقف نفاذه على علم العاقد الآخر بعد أن توافقا على ذلك.

الثانى - إن اشتراط الخيار من أحد العاقدين لنفسه أو لأجنبى عن العقد فى عقود المعاوضات المالية يمنع خروج العوض من ملكه، واشتراطه منهما يمنع خروج العوضين كل من ملك مالكه [3]، وعلى ذلك إذا اشترط البائع الخيار لنفسه أو لأجنبى عن العقد لم يخرج المبيع من ملكه، لأن خروجه من ملكه يعتمد الرضا، والرضا غير متحقق مع الخيار. فلا يترتب على العقد ذلك الأثر، ولكن الثمن يخرج من ملك المشترى فى هذه الحال [4]. وإذا اشترط المشترى الخيار لنفسه أو

---

(١) راجع جامع الفصولين «ج١ ص٢٤٢».

(٢) راجع كشاف القناع «ج٢ ص٤٩»، ونهاية المحتاج «ج٤ ص٢١» وجامع الفصولين «ج١ ص٢٤٢».

(٣) فى تهذيب الفروق «ج١ ص٣٨٣»: مايدل على أن اشتراط الخيار لأحد العاقدين يحول دون ترتب أى أثر من آثاره عليه عند مالك والليث والأوزاعى، فيصير من هذه الناحية كالموقوف؛ ولذا يكون هلاك المبيع ند اشتراط الخيار على البائع مطلقا. وقال بعض المالكية: إذا هلك فى يد المشترى وكان مما يغاب عليه فهلاكه ليه دون البائع كما فى الرهن والعارية.

(٤) راجع الزيلعى وحاشية الشلبى عليه. ودخوله فى ملك البائع وعدم دخوله حينئذ محل للخلاف المذكور ، المبيع إذا ما شرط الخيار للمشترى. ويظهر لى أن هذا الخلاف يجرى أيضا إذا كان الثمن دينا فى الذمة، إذ ن الممكن أن يقال : إن المشترى يصبح مدينا بمجرد تمام الإيجاب والقبول وإن لم يتملك شيئا. وعلى قول لإمام يكون مدينا ولا دائن له، وعلى قولهما يكون مدينا للبائع بغير مقابل كما يتملك الثمن إذا عينها بغير مقابل.

لأجنبى عن العقد لم يخرج الثمن من ملكه كذلك، ولكن ذلك لايمنع خروج المبيع من ملك بائعه إذا لم يشترط له الخيار، وعلى ذلك يبقى أمره موقوفا عند الإمام، فإن أمضى المشترى العقد ظهر أنه دخل فى ملكه من وقت صدور العقد، وإن فسخه ظهر أنه عاد إلى البائع. ويرى الصاحبان أن المبيع يخرج من ملك البائع فى هذه الحال ويدخل فى ملك المشترى. ودليلهما على ذلك أنه إذا لم يدخل فى ملك المشترى بعد أن يخرج من ملك البائع كان مالا متقوما لامالك له، ولا نظير لهذا شرعا. فوجب أن يدخل فى ملك المشترى [1]، وقال الإمام: إن دخوله فى ملك المشترى يترتب عليه اجتماع العوضين، المبيع والثمن، فى ملك شخص واحد وهو المشترى، وهذا غير مقبول لأنه يتنافى مع معنى المعاوضة، وعليه فلا يدخل فى ملك المشترى، وكذلك لايبقى فى ملك البائع، لأن العقد قد تم من جهته لتمام رضاه فيفيد أثره، وإذن يبقى موقوف الحال إلى أن يظهر الأمر، فإما أن يظهر أنه ملك للمشترى من وقت العقد بإمضاء المشترى العقد، وإما أن يظهر أنه ملك للبائع بفسخ المشترى العقد.

تأثير الخيار فى نفاذ العقد: والنتيجة : أن اشتراط الخيار فى العقد عند الحنفية يحول دون ترتب جميع آثاره عليه، وذلك لما علمت من أنه يمنع نفاذ العقد بالنسبة إلى من شرط له من العاقدين، فلا يخرج بدله من ملكه اتفاقا، ولايطالب به قبل سقوط خياره، ولذا قال الكاسانى فى البدائع : خيار الشرط يمنع انعقاد العقد فى الحكم للحال بالنسبة لمن له الخيار، فيكون العقد موقوفا فى الحال، على معنى أنه لايعرف حكمه للحال، وجاء فى شرح التبيين للزيلعى: وحاشية الشلبى عليه، نقلا عن الإتقانى: إن العقد بشرط الخيار لا ينعقد فى حق الحكم، بل يكون موقوفا فى حق الحكم إلى وقت سقوط الخيار فينفذ حينئذ، ذلك لأن الخيار داخل على الحكم دون السبب وهو العقد، فيمنع الحكم دون السبب، ثم نقل الشلبى مثل ذلك عن الكمال بن الهمام [2].

مايبطل به: ينتهى خيار الشرط بما يأتى:

---

(١) وإذا كان عقارا فبيع عقار بجواره كان للمشترى فى هذه الحال أخذه بالشفعة، غير أنه إذا طلب الأخذ بها سقط خياره واعتبر هذا إجازة للعقد. راجع الزيلعى.

(٢) ونتيجة ذلك: أن العقد بشرط الخيار لايجبر العاقدان على تنفيذ آثاره عند الحنفية مادام الخيار موجودا، حتى إذا كان للمشترى لم يلزم البائع بتسليم المبيع إليه، كما لايلزم المشترى بتسليم الثمن إلى البائع، وكذلك الحكم =

(١) إجازة العقد فى مدة الخيار ممن له الخيار، سواء أكانت صريحة بالقول،

= عندما يكون الخيار للبائع، راجع التبيين «ج٤ ص٢٠» والبحر «ج٦ ص٩» والبدائع «ج٥ ص٢٦٤».
وذهب مالك فى أصح الأقوال إلى أن اشتراط الخيار فى العقد يحول دون ترتب آثاره عليه أيضا، وعلى ذلك فالمبيع فى زمن الخيار لايزال مملوكا للبائع، سواء أكان الخيار مشروطا له أم مشروطا للمشترى، أم مشروطا لهما. وهو قول لأحمد والشافعية، ولذا قال المالكية: إن إمضاء العقد نقل للملك لاتقرير له، ومقتضى ذلك فيما يظهر لى: أن الثمن زمن الخيار لايزايل ذمة المشترى. ومما تفرع عن مذهبهم هذا: مسألة الضمان ومسألة النماء والنفقة فذهبوا إلى أن ضمان المبيع فى مدة الخيار على البائع ولو كان فى يد المشترى، وذلك مع مراعاة شروط يرجع إليها فى كتبهم. وإلى أن نماءه وزوائده ملك للبائع متى كانت حادثة زمن الخيار. سواء أجيز العقد وصار المبيع ملكا للمشترى أم فسخ، وذلك كالأجرة واللبن والبيض والثمرة والأرش المأخوذ ممن جنى على المبيع زمن الخيار، ماعدا الولد والصوف فيهما للمشترى عند إجازة البيع لأنهما كالجزء من المبيع. وكذلك نفقات المبيع زمن الخيار فإنهم ألزموا بها البائع بناء على ملكه، وهناك قول آخر. وهو أن ملك المبيع فى زمن الخيار للمشترى إلا أنه ملك غير تام، ولعدم تمامه كان ضمان المبيع فيه على البائع أيضا .راجع الخرشى «ج٥ ص١٣٧» والشرح الكبير للدردير «ج٣ ص١٠٤».
وذهب الشافعى إلى أن ملك المبيع فى مدة الخيار لمن له الخيار. فإن كان الخيار للبائع وحده لم يزل ملكه عن المبيع وظل فى ملكه كما يظل الثمن فى ملك المشترى حينئذ، وإن كان الخيار للمشترى وحده تملك المبيع كما يتملك البائع الثمن، وعلى هذا فاشتراط الخيار للبائع يحول دون ترتب آثار عقد البيع عليه، واشتراطه للمشترى لايحول دون ترتب آثاره عليه، فيتنقل ملك المبيع إلى المشترى وملك الثمن إلى البائع. وإذا شرط الخيار لهما معا فالحكم موقوف لا يظهر أمره حتى يظهر مآل العقد، فإن تم البيع ظهر أن المبيع ملك للمشترى، وأن الثمن ملك للبائع من حين العقد، وإن فسخ البيع ظهر أن المبيع لم يخرج من ملك البائع وأن الثمن لم يزايل ملك المشترى، وعلى هذا الأساس يكون الحكم على زوائد المبيع الحادثة فى مدة الخيار، كاللبن والثمرة والحبوب وما أشبه ذلك، فتكون لمن كان له الملك فى هذه المدة - ولو فسخ العقد فى نهايتها بعد حدوثها - وذلك بناء على الأصح من أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله. وأن الملك عند الإجازة لا يستند إلى وقت حدوث العقد بل يبتدىء من وقتها، وعلى ذلك تكون الزوائد للمشترى إذا كان الخيار له ولو فسخ العقد. وتكون للبائع إذا كان الخيار له ولو أجيز العقد. راجع نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى عليه «ج٤ ص١٩» وروض الطالب «ج٢ ص٥٣». وقد يلاحظ على هذا المذهب أن خيار البائع إذا منع أن تترتب آثار العقد عليه فلماذا لا يكون له هذا الأثر إذا ما شرط الخيار معه للمشترى؟ فيكون حكم العقد عند اشتراط الخيار لهما كحكمه عند اشتراط الخيار للبائع، من ناحية أن شرط الخيار للبائع متحقق فى الصورتين واشتراطه للمشترى فى إحداهما لايزيد العقد قوة، ثم يقال : إذا كان شرط الخيار للبائع يحول دون خروج بدله من ملكه فلماذا لايكون شرط الخيار للمشترى كذلك حائلا دون خروج بدله من ملكه؟ فلينظر وجه ذلك. وذهب أحمد إلى أن اشتراط الخيار فى العقد لا يحول دون ترتب آثاره عليه، ففى البيع ينتقل ملك المبيع إلى المشترى وملك الثمن إلى البائع، سواء أشرط الخيار لأحدهما وحده أم لهما معا، وهذا هو ظاهر المذهب وهو أحد أقوال الشافعى، وعلى هذا الأساس يكون الحكم على الزيادة والتلف والنفقة. فإذا كانت الزيادة منفصلة سواء أكانت متولدة أم غير متولدة وقد حدثت فى مدة الخيار فهى للمشترى فى جميع الأحوال، سواء أحدثت فى يد البائع أم فى يد المشترى، وسواء أكان الخيار لهما أم لأحدهما، وسواء أمضى العقد أم فسخ، وذلك كالثمرة والولد واللبن والبيض والأجرة والحبوب، لأنها مال مملوك للمشترى، وفسخ العقد إنما يكون من وقت الفسخ لا من وقت إنشائه - وإذا كانت متصلة متولدة كالسمن والجمال وتعلم الصنعة فإنها تتبع أصلها، إن أمضى العقد كانت مع المبيع للمشترى، وإن فسخ كانت معه للبائع، والحمل عند العقد يعتبر مبيعا لا زيادة. وإن =

كأجزت العقد وأسقطت خيارى ونحوه، أم دلالة بالفعل، كأن يتصرف المشترى فى المبيع - عندما يكون له الخيار - تصرف الملاك، بأن يبيعه أو يرهنه أو يهبه ولو من غير تسليم، أو يؤجره أو يستعمله انتفاعا به لا رغبة فى امتحانه، بشرط ألا يزيد على الحاجة فى ذلك، ومن ذلك: أن يعرضه للبيع فى الأسواق عند محمد خلافا لأبى يوسف. وكأن يتصرف البائع فى الثمن - عندما يكون له الخيار - مثل هذا التصرف من بيع وهبة وإبراء ونحوه.

(٢) فسخ العقد فى مدة الخيار ممن له الخيار صراحة بالقول، كفسخت العقد أو دلالة بالفعل كأن يتصرف البائع فى المبيع - عندما يكون له الخيار - تصرف الملاك ببيعه ولو مع شرط الخيار له، أو رهنه أو إجارته أو إعارته أو هبته مع تسليمه، أما إذا وهبه من غير تسليم، فلا تعتبر هبته فى هذه الحال فسخا. وكأن يتصرف المشترى فى الثمن عندما يكون عينا والخيار له - تصرف الملاك فيخرجه عن ملكه مثلا . «راجع رد المحتار ج٤ ص٥٨».

(٣) موت من له الخيار فى مدته قبل أن يختار [١].

= نقص المبيع أو هلك فى مدة الخيار فعلى حساب المشترى لانه المالك، إذ بالعقد يدخل فى ضمانه بشرط الا يكون قد منع المشترى من قبضه، وبشرط الا يكون مكيلا ونحوه وقد بيع بمثله، فعند ذلك يكون فى ضمان البائع مادام فى يده، ويبطل خيار المشترى بتعيب المبيع أو تلفه فى مدة الخيار لاستقرار الثمن بذلك فى ذمته. وكذلك تكون نفقات المبيع ومئونته على المشترى فى مدة الخيار لانه مالكه.

اما التصرف فى أحد البدلين فإن كان الخيار لهما فهو غير جائز من أحدهما، لأن البدل - وإن كان مملوكا للمتصرف إذا تصرف المشترى - لم يزل عنه تعلق حق البائع به. فمنع التصرف إما لانه تصرف فى ملك الغير أو فى ملك تعلق به حق الغير. أما تصرف المشترى فى المبيع عندما يكون الخيار له أو تصرف البائع فى العوض عندما يكون الخيار له فجائز من ناحية أنه يعتبر إجازة للعقد وإمضاء له لدلالته على الرضا. ولكن [illegible]رف البائع فى المبيع إذا كان الخيار له وتصرف المشترى فى العوض إذا كان الخيار له تصرف باطل لانه [illegible]رف فى ملك الغير ولا يعد فسخا، راجع المغنى «ج٤ ص٢٦» وما بعدها، وكشاف القناع «ج٢ ص٥٠» و[illegible]بعدها، وقد يلاحظ على مذهب أحمد أنه إذا شرط الخيار للمشترى ولم يتسلم المبيع ثم حدث فيه نماء فى [illegible]ة الخيار ثم فسخ المشترى العقد بعد ذلك، فكيف يكون هذا النماء ملكا للمشترى؟ لايكفى أن يقال: إنه [illegible]ل مملوك له وفى ضمانه. إذ الواقع أنه ربما اتخذ هذا وسيلة إلى أخذ ذلك النماء بالمجان.

(١) إذا توفى من له خيار الشرط فى مدته سقط خياره، ولا ينتقل إلى ورثته عند الحنفية كما سيأتى. وكذلك يبطل الخيار إذا كان المباشر للعقد وكيلا شرط الخيار لنفسه ثم توفى فى المدة. ولايكون لموكله بطريق الاستقلال، كما يبطل خيار هذا الوكيل أيضا بوفاة موكله فى المدة. وكذلك الحكم فى الوصى إذا باشر العقد وشرط الخيار لنفسه ثم توفى الوصى أو توفى المولى عليه فى المدة، ومثله فى هذا الحكم الولى.

والعاقد لنفسه إذا شرط الخيار لغيره، ثم توفى هو فى المدة لم يبق الخيار لمن شرط له وجاء فى جامع الفصولين «ج١ ص٢٤٤» مايلى: وكيل «البيع» أو الوصى أو المالك الذى باع بنفسه واشترط الخيار لغيره إذا مات الوكيل أو الوصى أو الموكل أو الصبى أو من باع بنفسه وهو مالك أو من اشترط له الخيار. قال محمد : يتم البيع فى كل ذلك، لان لكل منهم حقا فى الخيار. ثم قال صاحب جامع الفصولين: والجنون كالموت ثم =

(٤) مضى مدة الخيار بلا اختيار ممن له الخيار.

(٥) تعيب محل العقد أو هلاكه بأى سبب من الأسباب فى يد متملكه من العاقدين عندما يكون الخيار له، وعلى ذلك إذا تعيب المبيع فى يد المشترى، وكان الخيار له أو هلك فى يده والخيار له كذلك [١]. فإن خياره يبطل ويلزم عقد البيع بالنسبة له[٢]، لافرق فى ذلك بين أن يكون كل من التعيب والهلاك بسبب سماوى أو نتيجة اعتداء عليه من البائع أو من المشترى، أو من أجنبى عند العقد[٣].

(٦) إذا كان محل العقد عقارا، واشترط الخيار للمتملك، ثم طلب الشفعة بذلك العقار فى مدة الخيار، فإن خياره يبطل ويلزم العقد، إذ يعتبر هذا الطلب إجازة للعقد، فإنه لايستحق الشفعة إلا إذا كان وقت البيع مالكا للعقار، وهو لايملكه إلا إذا أجاز العقد، ولذا يبطل خياره بمجرد الطلب فى المدة.

= قال أيضا : ولو باع أب أو صى مال صبى بخيار فبلغ الصبى فى المدة قال أبو يوسف: يتم البيع ويبطل الخيار. وعن محمد فى ذلك ثلاث روايات. وجاء فى الفتاوى الهندية «ج٣ ص٤٣» : التحقيق أن الإغماء والجنون لا يسقطان الخيار. والذى يظهر لى : أن المراد بالجنون فى عبارة جامع الفصولين: المطبق، وفى عبارة الهندية المتقطع الذى يزول قبل انتهاء مدة الخيار، بدليل قرنه بالإغماء، وقد يقال: إذا كان المراد به فى عبارة جامع الفصولين : المطبق، لم يكن لحدوثه أثر فى إسقاطه على قول الإمام، وذلك لسقوط الخيار حينئذ عند انتهاء المدة، وهذا إذا لم تشمل عبارته جنون الموكل، فإن شملت ـ كما هو الظاهر منها ـ وكان جنون الموكل مسقطا لخيار الوكيل ظهرت الفائدة فى الإسقاط، لأنه إذا كان جنون الموكل مطبقا سقط به خيار الوكيل، وإن كان غير مطبق لم يسقط، كما هو الحال فى الإغماء إذا أصابه. وفى البحر «ج٦ ص٢٠» : التحقيق أن الإغماء والجنون لايسقطان الخيار إنما المسقط له مضى المدة فيهما من غير اختيار، ولذا لو أفاق قبل مضيها رفسخ جاز، ولو سكر من خمر لايبطل خياره، ولو سكر من بنج يبطل.

(١) كيف يصح البيع ويلزم مع هلاك محله قبل تمامه؟ أجيب عن ذلك بأن الهلاك لابد أن يتقدمه فى العادة عيب يمنع الرد فيلزم به العقد قبل فوات محله، راجع رد المحتار «ج٤ ص٥٧».

(٢) لافرق فى الحكم بين أن يكون الهلاك قبل فسخ المشترى أو بعده قبل رده إلى البائع، وذلك لأن تمام الفسخ بالرد، فإذا هلك قبل الرد، بطل الفسخ ولزم العقد، والفسخ بالخيار يحتمل الرفع، ولذا يجوز للعاقدين بعد الفسخ أن يتفقا على فسخ هذا الفسخ وإعادة العقد، وعند ذلك يعود كما كان.

(٣) وإذا لزم بالعقد بالنسبة له وجب عليه كل الثمن، وليس له حق المطالبة بنقصه لدخول المبيع فى ضمانه من وقت تسلمه، فإذا تعيب أو هلك كانت نتيجة ذلك عليه ـ ثم امتنع عليه أن يرده على بائعه بحالته من العيب أو التلف وقد تسلمه منه سليما فبطل لذلك خياره، وهذا بقى على عيبه حتى انتهت مدة الخيار، أما إذا زال العيب قبل انتهائها فإن الخيار يعود له. وله بعد عوده أن يختار مابقيت المدة، وقد يتردد النظر فى قبول الحكم بسقوط الخيار عندما يكون التعيب أو الهلاك بفعل البائع، لأنه يتضمن أن للبائع سلطانا على حق المشترى فى الخيار. فإذا أراد حرمانه من هذا الحق تعدى على المبيع نعابه فيسقط بذلك خيار المشترى، وذلك مايتنافى مع شرع الخيار، ومع ماللحقوق من حماية واجبة، ولذا نقل صاحب جامع الفصولين عن محمد أن تعيبه، إذا كان بفعل المملك لايسقط به خيار العاقد الآخر «ج١ ص٢٤٣». =

(٧) زيادة المحل في يد المتملك إذا كان الخيار له، سواء أكانت زيادة متصلة غير متولدة منه كالبناء على الأرض والصباغة للثوب [١]، أم متولدة منه كالسمن للحيوان، أم كانت منفصلة متولدة كالولد واللبن والصوف للحيوان والثمرة للأرض ذات الأشجار، أما إذا كانت منفصلة غير متولدة كالأجرة فلا تمنع، فإذا أمضى المشترى البيع مثلا فهذه الزيادة له اتفاقا، وإذا فسخه رد الأصل مع زيادته عند أبى حنيفة، وقال الصاحبان: يرد الأصل فقط، وله الزيادة لأنها نماء ملكه[٢].

= أما إذا تعيب المحل أو هلك في يد المشترى والخيار للعاقد الآخر، فالحكم مختلف، ففى حال التعيب لا يبطل خياره، وعلى ذلك إذا ما أمضى البائع العقد في هذه الحال استحق كل الثمن على المشترى للزوم العقد حينئذ، وليس للمشترى أن يطالب بنقص الثمن للعيب، لأنه حصل في يده والمبيع في ضمانه، ولكن له بمقتضى الملك تضمين المتعدى بما يستوجبه العيب من الضمان، سواء أكان البائع أم غيره. وإذا ما اختار الفسخ استرد المبيع ورجع على المشترى بما نقص من قيمته بسبب ما أصابه من عيب وهو في ضمانه، وبدهى أن العيب إذا ما كان بفعل البائع لم يكن له حق الرجوع، إذ لامعنى لأن يؤخذ منه ليرد عليه، وفى حال الهلاك ينفسخ العقد لزوال محله قبل تمامه، وعندئذ يهلك المبيع على المشترى بقيمته عند تسلمه، كما في الدر المختار وحاشيته، ؛ لأنه في يده مضمون عليه. وكذلك ينفسخ العقد إذا ما كان محله لايزال في يد مملكه من العاقدين ثم هلك، سواء في ذلك أن يكون الخيار له أم لصاحبه، وعليه إذا هلك المبيع في يد البائع انفسخ العقد، سواء أكان الخيار له أم للمشترى.

أما إذا تعيب في هذه الحال فذو الخيار منهما على خياره، فإذا كان الخيار للبائع واختار فسخ البيع فمبيعه لا يزال في يده، وإن أمضاه كان للمشترى أن يأخذه بكل الثمن أو يرد بخيار العيب. وإذا كان الخيار للمشترى كان مخيرا بين استعمال خيار العيب واستعمال خيار الشرط، وكان له إن شاء أن يمضى البيع ويأخذ المبيع بكل الثمن. راجع شرح التبيين للزيلعى وحاشية شهاب الدين الشلبى عليه من باب خيار الشرط «ج٤ص١٦».

(١) أى من قبل صاحب العين «المشترى» كما هو ظاهر، أما إذا كانت من قبل المملك فلا تمنع المتملك أن يفسخ، لأن في الفسخ رد ملكه إليه، هذا ما أرى.

(٢) راجع الفتاوى الهندية «ج٣ ص٤٨» وحاشية الشلبى على التبيين «ج٤ص١١٦» وجامع الفصولين «ج١ ص٣٤٤»، إلا أنك تجد فيه أن قول أبى يوسف مع الإمام في أن الأصل يرد إلى البائع من زيادته المنفصلة غير المتولدة عند الفسخ، وأن محمدا وحده هو الذى يجعل الزيادة في هذا الحال للمشترى، ولعل النقل عن أبى يوسف قد اختلف، لأن له في المسألة قولين.

وقد منع المشترى ومن في حكمه من فسخ العقد في هذه الحال عند زيادة محله زيادة متولدة تجنبا لشبهة الربا، ذلك لأنه لو أجيز له الفسخ فيها لاقتضى رد محل العقد «المبيع» إلى مملكه «بائعه» وعندئذ إما أن ترد معه الزيادة فتكون للبائع، وإما أن تبقى للمشترى فتكون له، وكلاهما غير جائز. أما جعلها للبائع فلأنها حدثت على غير ملكه، وفى غير ضمانه، فلو استحقها لاستحقها بلا عوض، وذلك في معنى الربا، وأما إبقاؤها للمشترى دون أصلها فلأن تملكه إياها قد سرى إليها من طريق تملكه لأصلها عند حدوثها، فتكون كأصلها مبيعة، فإذا بقيت له بعد استرداده الثمن كانت مبيعا بلا عوض، وفى ذلك شبهة الربا أيضا، فلم يبق إلا أن يمنع فسخ العقد حتى تكون مع أصلها للمشترى. وكذلك منع من الفسخ عند زيادته زيادة غير متولدة إذا كانت متصلة، بسبب أن إقدام المشترى على إحداثها يعتبر رضا بالعقد فيلزم لذلك، وأما إذا كانت منفصلة غير متولدة فلا تمنعه من الفسخ. وعند الرد تكون للمشترى عند القائل بذلك بحكم ضمانه لقوله عليه السلام «الخراج بالضمان» وتكون للبائع مع الأصل عند الإمام، لظهور أنها نماء مال مملوك له، لاستناد الفسخ إلى وقت إنشاء العقد، ولم تمنع الرد لأنها بدل المنفعة، والمنافع تعتبر دائما تبعا لأصلها، وإذا ارتفع العقد ظهر أثر ذلك في=

منافع محله، فكانت لمن استقر الملك له، ولايخفى أن ذلك محل نظر، فمن الممكن أن يقال مثل هذا فى المتولدة المنفصلة. وهذا كله إذا حدثت الزيادة فى يد المشترى والخيار له، وهناك خلاف هذه الحال ثلاث حالات أخرى:

الأولى: أن تحدث فى يد المشترى والخيار للبائع.

الثانية : أن تحدث فى يد البائع والخيار له.

الثالثة : أن تحدث فى يد البائع والخيار للمشترى.

ففى الحالين الأولى والثانية، تجد فى الفتاوى الخانية «ج٢ص١٨٦» من باب الخيار مانصه: باع جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام فاكتسبت الجارية فى المدة اكتسابا عند البائع أو عند المشترى أو ولدت، فإن الكل يدور مع الأصل، إن تم البيع بينهما يكون للمشترى، وإن انفسخ البيع بينهما يكون للبائع. ا هـ . وهذا يدل على أن الزيادة المنفصلة ـ سواء أكانت متولدة كالولد أم غير متولدة كالأجرة والكسب ـ إذا حدثت فى يد المشترى أو فى يد البائع فى مدة الخيار، وكان الخيار للبائع فى الحالين لم تمنع الرد، لأنها فى الواقع نماء ملكه إذ لا يزال المبيع على ملكه فى مدة الخيار، فإذا أجاز البيع كان الأصل بزيادته المنفصلة، متولدة أو غير متولدة للمشترى مع الأصل، لأن السبب وهو العقد كما يسرى فى محله يسرى إلى زوائده. راجع البحر «ج٦ ص٩» نقلا عن المعراج، وإذا فسخ البيع بقى الأصل على ملكه وتبعه زياداته ـ وهذا ظاهر ـ ويبقى بعد ذلك حكم الزيادة المتصلة بنوعيها فى هاتين الحالين، فإن كانت متصلة غير متولدة كالبناء فى الأرض، وكانت بفعل البائع، عد ذلك فسخا للعقد كما هو ظاهر، وإن كانت بفعل المشترى لم تؤثر فى حق البائع الثابت له بالخيار، إذ لاسلطان للمشترى على حق غيره، فيكون معتديا بزيادته، وإن كانت متولدة كالسمن، كانت أولى بعدم منع البائع من استعمال خياره، لأنها كالجزء من الأصل، إذ إنها نماء لملكه متصل به، هذا ما يظهر لى، ولا أرى هذا محل تردد. وفى الحال الثالثة، وهى أن يكون الخيار للمشترى وتحدث الزيادة فى يد البائع: نجد أن النص الآتى ـ وقد ذكر عقب النص السابق : ولو كان الخيار للمشترى فاكتسبت «أى الجارية فى المسألة السابقة» اكتسابا أو ولدت أولادا عند البائع. فكذلك الجواب، أى إن الزيادة المنفصلة بنوعيها إذا حدثت فى يد البائع لم تمنع المشترى من استعمال خياره، فإن أجاز العقد كان الأصل له مع زياداته، بسبب العقد الذى نفذ فى الأصل من وقت إنشائه، أى بالاستناد إلى ذلك الوقت. وإن فسخ العقد كان الأصل مع زياداته للبائع، ويظهر لى أن هذه الزيادة تكون له فى هذه الحال بلا حرج، لأنه ضامن لوجود يده على المبيع، والخراج بالضمان. ووجه آخر: وهو أن الزيادة إذا حدثت فى يد البائع كانت حادثة قبل القبض، والقاعدة أن زيادات المبيع قبل قبضه تعتبر مبيعة كأصلها. ولذا تقابل بجزء من الثمن، وعلى هذا فلا تكون فى الواقع زيادة، بل جزءا من المبيع. وبقى الكلام فى الزيادة المتصلة بنوعيها إذا حدثت فى هذه الحال. والذى يظهر لى: أنها إذا كانت غير متولدة وكانت من قبل المشترى لزم العقد، لأنها تعد رضا منه، وإن كانت من قبل البائع لم تؤثر فى حق المشترى، إذ لاسبيل للبائع على حقه الثابت بالشرط. وإذا كانت متولدة كالسمن، فكذلك لاتؤثر فى حق المشترى، لأنها إذا كانت منفصلة متولدة لم تؤثر كما تقدم، فأولى إذا كانت متصلة متولدة للوجه الذى أشرنا إليه، وإذن يكون الأصل بزيادته للمشترى عند إجازته العقد، ويكون الأصل بزيادته للبائع إذا فسخ المشترى العقد. هذا مايظهر لى. راجع الزيلعى فى هذا الموضوع من باب خيار الشرط. والحاصل أن الزيادة إذا حدثت فى يد المملك لاتسقط الخيار، سواء أكان للمشترى أم للبائع، فإنها إذا كانت متولدة متصلة أم منفصلة مطلقا تكون تابعة لأصلها ولاتمنع الفسخ بالخيار. فإن تم البيع كانت مع أصلها للمشترى وإن فسخ كانت مع أصلها للبائع. والسبب فى ذلك واضح إذا كان الخيار للبائع، فإن أصلها لم يخرج بسبب الخيار من ملكه. وإذا خرج من ملكه بإمضاء العقد خرج مستندا إلى وقت إنشائه فتتبعه الزيادة، وأما إذا كان الخيار للمشترى فإنها لاتمنع الرد أيضا كما منعته إذا حدثت فى يد المشترى، وذلك لأنها إذا حدثت فى يد البائع كانت حادثة قبل القبض. والقاعدة أن زيادات المبيع قبل قبضه مبيع كأصلها كما ذكرنا حتى يقابلها جزء من الثمن. وإذن فلا زيادة فى المبيع عندئذ لأن الجميع مبيع.

وراثته: إذا توفى من له الخيـار من العاقدين لم يرثه فـيه وارثه، لأنه إرادة ومشيئة.

وذهب الشافـعى ومالك إلى أنه يورث، لأنه حق مالى مـتعلق بالمال، وأثر من آثار العقد،لاحق شـخصى، والحقوق المالية تورث لقـوله عليه السلام «من ترك مالا أو حقا فلورثته» وهذا أوجه[1].

(١) وهذا إذا كان الخيار له فى عقد عقده لنفسه. فإن كان فى عقد عقده لغيره بأن كان فيه وليا أو وكيلا لم ينتقل الخيار إلى وارثه وإنما ينتقل إلى الحاكم أو الموكل راجع النهاية «ج٤ ص١٤».

خلاصة الباب

خيار الشرط ما يثبت للعاقد أو غيره من حق فى إمضاء العقد أو فسخه بناء على اشتراط ذلك له ، وعلى هذا يجوز أن يشترط لأحد العاقدين أو لكل منهما أو لأجنبى، غير أنه إذا اشترط لأجنبى ثبت أيضا لمن اشترطه لذلك الأجنبى من العاقدين. ولا يثبت هذا الخيار إلا باشتراطه. ولايكون اشتراطه صحيحا إلا إذا وقت بمدة لم تزد على ثلاثة أيام عند الإمام، وأجاز الصاحبان زيادتها، فإن زادت كان العقد صحيحا عندهما فاسدا عند الإمام، ولكن فساده يرتفع بإسقاط الخيار قبل مضى الأيام الثلاثة. واشتراطه فى عقد غير لازم لغو، ولايصح اشتراطه فى العقود التى لاتقبل اتفاق العاقدين على فسخها كالزواج، ويصح فيما عدا ذلك كالبيع والإجارة والمزارعة والمساقاة، ويستثنى منها ماكان القبض شرطا فى صحته كالصرف.

ويترتب على اشتراطه أثران:

الأول ــ أن يكون لمن شرط له حق إمضاء العقد أو فسخه فى المدة. فيتم ذلك منه بالقول أو بالفعل، دون توقف على قضاء من القاضى أو رضا من العاقد الآخر، بل ولا على علمه أيضا عند أبى يوسف، وذهب الإمام إلى أن الفسخ إن كان بالفعل لم يتوقف نفاذه على العلم، وإن كان بالقول لم ينفذ إلا وقت علم العاقد الآخر به، حتى إذا مضت المدة قبل العلم بالفسخ بطل الفسخ ولزم العقد، وبناء على ماذكر إذا مضت مدة الخيار من غير أن يختار من شرط له الخيار لزم العقد لسقوط حقه فى الفسخ، كما يلزم كذلك بموت من له الخيار أثناء مدة الخيار قبل اختياره.

الثانى ــ أن يجعل العقد موقوفا فى حق حكمه بالنسبة إلى من شرط له الخيار، فإن شرط للبائع لم يخرج المبيع من ملكه، وخرج الثمن من ملك المشترى، وإن شرط للمشترى لم يخرج الثمن من ملكه، وإن شرط لكل منهما لم يخرج مال كل من ملكه.

ما يبطل به خيار الشرط: يبطل بما يأتى:

١ ـ إجازة العقد فى مدة الخيار أو فسخه بالقول أو بالفعل.

٢ ـ موت من له الخيار فى مدته قبل أن يختار.

٣ ـ مضى مدته بلا اختيار.

٤ ـ تعيب المحل أو هلاكه فى يد المتملك إذا كان شرط الخيار له.

٥ ـ إذا كان محل العقد عقارا وشرط الخيار للمتملك فطلب الشفعة بسببه فى مدة الخيار.

٦ ـ زيادة المحل فى يد المتملك زيادة متصلة أو منفصلة متولدة، أما المنفصلة غير المتولدة فلا تبطل الخيار.

وراثته: وخيار الشرط لايورث عند الحنفية.

باب خيار الرؤية

التعريف به: هو مايثبت لأحد العاقدين عند رؤية محل العقد من الحق فى فسخ العقد أو إمضائه بسبب عدم رؤية محله عند إنشاء العقد وقبله. فإذا اشتريت سيارة لم ترها كان لك بسبب عدم رؤيتك إياها الحق فى أن تفسخ العقد أو تمضيه عندما تراها ـ وإن وصفت لك عند التعاقد ـ لأن علم المبيع بأوصافه ـ وإن كان نافيا للجهالة ـ لايرقى إلى العلم به عند رؤيته، فإن رؤيته تفيد علما أشمل وأدق. فشرع هذا الخيار عند رؤيته حتى إذا أمضى العقد كان عن رضا كامل تام، ومن هذا يتبين أن هذا الخيار لايثبت للعاقد إذا كان قد رأى محل العقد عند إنشائه أو قبله، كما سنبين ذلك.

شرعه ولمن يثبت: ويثبت هذا الخيار عند الحنفية للمتملك من العاقدين باتفاق ولذا يثبت للمشترى. لقوله ﷺ: «من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه» وزيد فى بعض الروايات «إن شاء أخذه وإن شاء تركه». وفى ثبوته للملك منهما إذا تصرف فيما ملك فباعه قبل أن يراه خلاف، فذهب بعض الحنفية إلى ثبوته، وذهب الجمهور منهم إلى عدم ثبوته.

ووجهة الأولين: أن الإنسان قد يرث شيئا لم يره ثم يبيعه قبل أن يراه، فإذا رآه بعد ذلك فتبين له أنه قد غبن فى صفقته احتاج إلى الخيار لدفع الغبن عنه [1].

ووجهة الجمهور: أن شرع الخيار أتى على خلاف القياس لمخالفته لمقتضى العقد، فيقتصر فيه على مورد النص، وإذا لحق المملك غبن لتصرفه فيما يملك قبل رؤيته فذلك عن تقصير منه، فلزمه تحمل التبعة، وهذا هو الصحيح [2].

---

(١) وهذه العلة لاتتجه عند من يجعل للمغبون حق فسخ العقد كما تقدم.

(٢) وذهب الشافعى فى مذهبه الجديد إلى عدم مشروعيته لعدم الحاجة إليه، لأن العقد على العين قبل رؤيتها غير صحيح فلا يصح بيع ما لم يره المشترى ولو مع وصفه له، وإذن فالخلاف فى ثبوت خيار الرؤية يرجع إلى خلاف آخر هو خلافهم فى صحة العقد على العين الغائبة، فمن ذهب إلى صحة شرائها واستئجارها قال بثبوت خيار الرؤية عند رؤيتها. ومن ذهب إلى عدم صحة العقد عليها قبل رؤيتها قال بعدم ثبوت خيار الرؤية، ومن هؤلاء الشافعى فى مذهبه الجديد وأحمد على أصح الروايتين عنه، وأما مالك فإنه فى أحد قوليه لايرى صحة بيع العين الغائبة قبل وصفها أو رؤيتها. وعلى هذا القول لايرى خيار الرؤية. لأن العقد فى هذه الحال فاسد، فإن وصفت فى العقد أو رآها المشترى قبله ولم تمض مدة غير كافية للتغير فإنه يجوز بيعها، وللمشترى حينئذ خيار فوات الوصف إذا رآها على خلاف ماوصفت له أو على خلاف ما رآها. وليس ذلك خيار الرؤية، وفى قوله الآخر: يجوز بيع العين الغائبة من غير وصف بشرط أن يشترط المشترى فى العقد خيار الرؤية له، أما إذا سكت عنه فالبيع فاسد، وعلى هذا: فخيار الرؤية عند مالك إنما يثبت بالشرط. راجع الحطاب فى كتاب البيع، والفروق للقرافى «ج٣ ص٢٧٢»، ولكن يمكن أن يقال: إن هذا ليس بخيار رؤية، ولكنه ضرب من خيار الشرط.

سبب ثبوته: وسبب ثبوت خيار الرؤية للعاقد عدم رؤيته محل العقد حين العقد وقبله. ولذا يثبت فى هذه الحال بدون اشتراطه، سواء أوصف له المحل عند التعاقد فوجده كذلك عند رؤيته أم لم يوصف له، فإن رآه حين العقد لم يثبت له الخيار، وكذلك الحكم إذا كان قد رآه قبله بشرط أن يتوافر أمران : أحدهما - أن يكون العاقد على علم بأن هذا المحل هو الذى رآه من قبل . ثانيهما - أن يكون المحل وقت العقد على الصفة التي كان عليها عند رؤية العاقد له، فإن لم يكن على الصفة التى كان عليها عند رؤية العاقد له، فإن لم يكن على علم بذلك كان له خيار الرؤية، وكذلك إذا كان على علم به ولكنه لم يكن حين العقد على الصفة التى رآه عليها بل تغير.

شروطه ووقت ثبوته: وإنما يثبت هذا الخيار عند الرؤية، فرؤية العاقد للمحل شرط فى ثبوته له، ومن هذا نستطيع أن نقول: إنه يشترط فى ثبوت خيار الرؤية ما يأتى:

(١) عدم رؤية العاقد محل العقد حين العقد وقبله، فإن رآه حين العقد لم يكن له خيار الرؤية، وكذلك إذا رآه قبله ثم تبين أنه كان عند العقد كما رآه. أما إذا تبين أنه كان على خلاف ما رأى فإن الخيار يثبت له [1].

(٢) أن يكون محل العقد عينا مشخصة كدار أو ثوب أو حيوان، أما إذا كان دينا موصوفا يثبت فى الذمة كما فى السلم فلا يثبت فيه خيار الرؤية، لأن المناط فى تحقق الرضا هو الوصف، فإذا ما تحقق الوصف تحقق الرضا، ولم يكن لثبوت الخيار مقتض. بخلاف العين المعينة، فإن الأوصاف لاتكفى لتمام العلم بها وليست مناط الرضا بها.

(٣) أن يكون العقد مما يقبل الفسخ، فإن كان مما لايقبل الفسخ كالزواج والخلع فلا يثبت خيار الرؤية فيما يجب به من مال، وإن كان عينا مشخصة كأن يتزوج شخص امرأة على دار لم ترها، أو تخالعه على سيارة لم يرها، كما لايثبت فى الزوجة أو الزوج «راجع حاشية الشلبى على الزيلعى ج٤ ص٢٤».

(٤) رؤية العاقد للمحل، فلا خيار له قبلها، ولكن لما كان العقد على الأعيان الغائبة عقدا غير لازم بسبب ثبوت خيار الرؤية لمن لم يرها كان له بمقتضى

---

(١) راجع الهندية.

ذلك حق فسخ العقد قبل الرؤية، لابسبب خيار الرؤية، ولكن لأن العقد بالنسبة له غير لازم.

كيف تتحقق الرؤية؟. لايراد بالرؤية الإبصار، بل المراد بها ماهو أعم من ذلك، وهو العلم بمحل العقد على الوجه الذى يناسبه، فإن كان من المرئيات كان العلم به بواسطة البصر، وإن كان من المشمومات كالروائح العطرية كان العلم به بواسطة الشم، وإن كان من الطعام كان العلم به بواسطة الذوق، وإن كان من الأشياء التي لاتعرف إلا بالجس واللمس كبعض الأقمشة كان العلم به بواسطة لمسه وهكذا. وعلى هذا فليس من اللازم رؤية جميع المحل الذى ورد عليه العقد، بل يكفى رؤية بعضه إذا كانت هذه الرؤية تؤدى إلى معرفته كله، كرؤية النموذج منه، وذلك كما فى الحبوب والزيوت وسائر المثليات، أما إذا كانت لاتؤدى إلى ذلك، كما فى الحيوان والدور، فلابد من رؤية جميع المحل.

ويثبت خيار الرؤية للأعمى إذا ما اشترى شيئا لم يعرفه، فإن كان ذلك الشىء مما لا يعرف إلا بالبصر كانت معرفته به عن طريق وصفه له، وإن كان يعرف بحاسة أخرى باشر ذلك بنفسه [(١)] .

رؤية الوكيل: رؤية الوكيل بالعقد كرؤية الموكل، إذ جميع ما يرجع إلى العقد يرجع فيه إلى الوكيل، واختلف فى رؤية الوكيل بقبض المحل فقط، فقيل: لاتغنى، لأنه وكيل فى التسلم لا فى الرؤية ولا فى الرضا بالمحل. وإلى هذا ذهب الصاحبان، وقيل: تغنى عن رؤية الموكل لأنه وكيل فى قبض تام، وذلك لايكون إلا بعد الرؤية وإلى هذا ذهب الإمام [(٢)].

---

(١) وعلى هذا فشرط ثبوت الخيار للأعمى عدم جسه للمبيع إن كان مما يجس أو عدم ذوقه إن كان مما يذاق، أو عدم وصفه إن كان مما يوصف وهكذا، لأن هذا فى حقه بمنزلة الرؤية من البصير. راجع البدائع «ج٥ ص٢٩٣».

(٢) وفى البحر إذا وكل المشترى غيره فى الرؤية لم تغن عن رؤية الموكل، فيكون للمشترى الخيار. والظاهر انه لافرق فى ذلك بين موكل بصير وموكل ضرير كما تفيده عبارة رد المحتار، وفى رأيى أن محل ذلك إذا كان التوكيل فى الرؤية فقط، أما إذا كان فيها وفيما يترتب عليها من إبرام العقد وفسخه فإن التوكيل يكون صحيحا تطبيقا لقاعدة «كل ما جاز للإنسان أن يباشره بنفسه يجوز له أن يوكل فيه غيره» وقد علمت أن الوكيل يكون وكيلا فى الرؤية إذا كان وكيلا فى العقد أو وكيلا فى القبض عند الإمام، ثم رأيت فى رد المحتار مانصه: إذا وكل مشتر آخر بالرؤية توكيلا مقصودا وقال له : إن رضيته فخذه. لاتصح ولاتصير رؤيته كرؤية موكله، كما فى جامع الفصولين «ج٢ ص٢٤٧»، قال فى البحر معللا ذلك: لأن الرؤية من المباحات لاتتوقف على توكيل إلا إذا فوض إليه الفسخ والإجازة. وفى المحيط : وكله بالنظر إذا ما اشتراه ولم يره على أنه إن رضى يلزم العقد وإن لم يرض بفسخ : يصح لأنه جعل الرأى والنظر إليه فيصح، كما لوفوض الفسخ والإجازة إليه فى البيع بشرط الخيار. اهـ . رد المحتار «ج٤ ص٧٥» من باب خيار الرؤية.

العقود التى يثبت فيها خيار الرؤية: ذكرنا فيما مضى أن خيار الرؤية لايثبت إلا فى معقود عليه معين بشخصه، وعلى ذلك فلا يثبت إلا فيما يأتى:

(١) البيع عندما يكون المبيع عينا مشخصة. فيثبت حينئذ للمشترى، كأن تشترى كتابا قبل أن تراه، فإذا رأيته كان لك الخيار، إن شئت أخذته وإن شئت تركته، وقد يثبت كذلك للبائع فى الثمن إذا كان عينا مشخصة، كأن تبيع دارا بسيارة لم ترها فإذا رأيتها كان لك الخيار. ولا يثبت فى السلم؛ لأن المبيع دين فى الذمة، ولكن إذا كان الثمن فيه عينا مشخصة لم تكن حاضرة عند عقد العقد ثم أحضرت فى المجلس نفسه لتسلم كان للمسلم إليه حينئذ الخيار إذا رآها، إن شاء أخذ وإن شاء ترك، وإذا ترك فسد العقد لأن تسليم الثمن فى المجلس شرط فى صحته.

(٢) الإجارة عندما تستأجر عين من الأعيان، فيثبت للمستأجر إذا رآها، فإن شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخها، وذلك كأن تستأجر دارا لتسكنها قبل أن تراها فيكون لك الخيار إذا رأيتها، وإذا كانت الأجرة عينا مشخصة كان للمؤجر كذلك الخيار فيها عند رؤيتها إذا لم يكن رآها.

(٣) قسمة الأعيان القيمية، فإذا قسمت القيميات بين الشركاء فيها ولم ير أحد الشركاء نصيبه كان له الخيار إذا رآه.

(٤) الصلح عندما يكون بدله عينا معينة لم يرها المصالح، فإذا رآها كان له الخيار لأنه بمعنى البيع حينئذ، إذ يعتبر معاوضة بين الحق المدعى والبدل المتصالح عليه.

وثبوت خيار الرؤية فيما بيناه من العقود، إنما هو بحكم الشارع فيثبت فيها إذا تحقق سببه، سواء أشرط عند التعاقد أم لم يشترط، بل يثبت وإن شرط فى العقد نفيه.

أثره: إذا ثبت خيار الرؤية ترتب عليه ما يأتى:

(١) أن يكون لمن له الخيار حق إمضاء العقد أو فسخه عند رؤيته محل

العقد، فإذا أمضاه لزم، وإذا فسخـه بطل، ويبطل حينئذ بمجرد الفسخ دون حاجة إلى قضاء من القاضى أو إلى رضا العاقد الآخر بذلك [1].

ويثبت هذا حقا للمتـملك بحكم الشارع ابتداء من وقت رؤيته المحل. ولذا لم يكن له أن يتنازل عنه قبل الرؤية، لأن التنازل عنه قبلها إسقاط له قبل وجوده، ولايصح إسقـاط الحقوق قـبل وجودها. فلو قـال قبل الرؤية: أسـقطت حقى فى خيـار الرؤية أو تنازلت عنه أو أمـضيت العـقد وجعلتـه لازما كـان قولا لاغـيا، وكذلك لم يكن له أن يشتـرط فى العقد نفيه، فلو اشـترى عينا على ألا يكون له خيار رؤية لم يلزمه ذلك، ولم يفده شيئا، فإن اشـتراط ذلك يعتبر تغييرا للشرع، ولا يملك الإنســان تغـييره. ولذا يكون له فى كل هذه الأحـوال حق الإمـضاء أو الفسـخ عند الرؤية.

(٢) عدم لزوم العقد بالنسبة إلى من ثـبت له الخيار. وهذا الأثر نتيجة للأثر السابق لأن ثبوت حق الفـسخ له عند الرؤية يستلزم ثبوته له قبـلها، إذ ليس يعقل أن يمتنع عليه قبل الرؤية حق الفسخ، ويلـزم بالمضى فى العقد فى حين أنه يستطيع فى كل وقت أن يرى المحل فيكون له عندئذ حق الفسخ، فلو ألزم لكان إلزامه غير مجد.

ولما كان هذا أثرا لازمـا لحق لازم لم يملك من له الخيار إسقـاطه. فلو قال: جعلت هذا العقد لازما أو أمضيتـه، أو أسقطت حقى فى فسخه الآن لم يفد ذلك شيئا؛ لأن هذا الحق نتيجة لازمة لثبوت الخيار له عند الرؤية، وهو أمر لازم بحكم الشارع فيستتبع لازمه.

هذا وقد جاء فى الكتب المعتبرة استثناء عقد الإجارة من هذا الحكم. فجعل لازما بالنسـبة إلى طرفيه إلى أن يرى المسـتأجر العين المستأجـرة. فإذا رآها ثبت له حق الفسخ بخيار الرؤية وليس له الفسخ قبلها، ولم يظهر لى وجه هذا الاستثناء، بل إنى أراه ناقـضا لما قـرر من ثبوت التـلازم بين خيار الـرؤية وعدم لزوم العـقد قبلها. إذ لو كـان التلازم ثابتا لظهر أثره فى عقـد الإجارة، لأن اللازم لايتخلف.

---

(١) غير أن الفسخ لا ينفذ إلا إذا حمل المشترى المبيع إلى موضع العقد، إذا كان قد نقل إلى موضع آخر، لئلا يلزم البائع مؤنة حمله، وذلك تكليف يعتبر فى حكم العيب فيمنع الرد. والحاصل: أن مؤنة رد المبيع إلى مكان العقـد عند الفسخ بخيار الشـرط أو بخيار الرؤية أو بخيـار العيب تجب على المشـترى. رد المحتار ج٤ ص٧١.

ولعل هذا مادعا بعض العلماء إلى أن يذهب إلى أن جميع العقود التى يثبت فيها خيار الرؤية تبقى لازمة قبل الرؤية، لافرق بين عقد وعقد. وأن من له هذا الخيار لايملك الفسخ إلا عند الرؤية «راجع البدائع ج٥ ص٢٩٥ والإتقانى فى خيار الرؤية».

والفسخ يكون بكل مايدل على عدم الرضا. ويجوز أن يكون قبل الرؤية وبعدها ولكنه قبل الرؤية يرجع إلى عدم لزوم العقد ولا يعد أثرا للخيار، لأنه لم يوجد، إذ إن رؤية المحل شرط لثبوته. والشىء لايوجد قبل شرطه وبعدها يرجع إلى ثبوت خيار الرؤية فيفسخ بقول من له الخيار: رددت المبيع أو رفضته أو فسخت البيع وهذا هو الفسخ الصريح [١]. غير أنه إذا كان بالقول لاينفذ إلا إذا علم به العاقد الآخر (عند الطرفين) خلافا لأبى يوسف[٢].

ولزوم العقد يكون بكل ما يدل على الرضا من قول أو فعل. فالقول مثل: رضيت أو أجزت أو أمضيت . وهذا هو الرضا الصريح. ولا يلزم به العقد إلا إذا كان بعد الرؤية لا قبلها، لأنه قبل الرؤية إسقاط للخيار. وقد قدمنا أنه لا يملكه. والفعل كأن يقبض المعقود عليه بعد رؤيته أو يتصرف فيه. وهذا هو الرضا الضمنى.

---

(١) علمت أن خيار الرؤية لا يمنع نفاذ العقد، وإذن يثبت الفسخ به من وقت الفسخ لا من وقت العقد، كما فى خيار العيب، إذ كان لا يمكن رفع ماثبت فعلا. ويؤيد ذلك أن المشترى إذا أخذ بالشفعة قبل الرؤية، ثم رد المبيع بعد ذلك لم يؤثر الرد فى تملكه للعقار المشفوع فيه بل يبقى له، ولو أن الفسخ قد استند إلى وقت العقد لوجب رد العقار المشفوع فيه، لأنه ظهر أنه تملكه بغير مسوغ. وهذا ما ظهر لى وإن لم أره فى كتب الحنفية. ولكن وجدت فى شرح الهداية ما يأتى: الصفقة لاتتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده، ولهذا يتمكن المشترى من الرد بغير قضاء أو رضا. ويكون فسخا من الأصل. وعلق الكمال بن الهمام على ذلك بقوله: أى لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع. ولذا لايحتاج إلى القضاء أو الرضا. ومثل ذلك فى الزيلعى (هداية ج ٥ ص١٤٨، والزيلعى ج٤ ص٢٩)، وإذن فما معنى قولهم: يكون فسخا من الأصل؟ فسره الإتقانى فى شرحه على الهداية بقوله: أى من الابتداء. وذلك التفسير يقتضى أن الفسخ به يستند إلى وقت حدوث العقد فيرتفع به من وقت إنشائه، وكأن لم يكن. وهذا غير ما استظهرناه وعليه تكون نفقات المبيع فى الفترة من العقد إلى الرد بخيار الرؤية على البائع لا على المشترى، أما زوائده فستعرف قريبا أن منها مايمنع الرد بخيار الرؤية. وهذا النوع يكون للمشترى لاستقرار ملكه بسبب تلك الزيادة، ومنها ما لايمنعه وهو تارة يكون للبائع عند رد المبيع لأنه تابع لأصله كالزيادة المتصلة المتولدة مثل السمن إذا حدثت فى يد البائع وتارة تكون للمشترى بسبب ضمانه، كالزيادة المنفصلة غير المتولدة، مثل الأجرة والكسب. أما المنفصلة غير المتولدة فإنها تكون ملكا لمن أحدثها. وقد فسر صاحب البدائع قولهم: فسخ من الأصل بأنه يجعل العقد كأن لم يكن (راجع البدائع ج٥ ص٢٨٢).

(٢) وفى رد المحتار، أن الكمال بن الهمام رجح هذا الرأى. «راجع الفتاوى الهندية ج٧ص٢٦».

غير أنه إن كان التصرف بعقد يوجب للغير حقا فى المعقود عليه كالبيع البات والرهن والإجارة بطل به الخيار، ولزم به العقد، سواء أحصل قبل الرؤية أم بعدها. لنفاذ التصرف وثبوت حق لمن حصل له التصرف يجب المحافظة عليه بتقديمه على حق صاحب الخيار، وإن لم يوجب للغير حقا فيه كالبيع بشرط الخيار للبائع، والهبة بدون تسليم، والمساومة، لا يبطل به الخيار، ولا يلزم به العقد إلا إذا حصل بعد الرؤية كالرضا الصريح.

ما يسقطه: يبطل خيار الرؤية نوعان: نوع يبطله إذا وجد قبل الرؤية أو بعدها، ونوع لا يبطله إلا إذا وجد بعد الرؤية.

فالأول ـ يشمل ما يأتى:

(١) تصرف المتملك فى المحل تصرفا يوجب حقا للغير، كبيعه بغير شرط الخيار له ورهنه وإجازته ووقفه ونحو ذلك، فيبطل بهذا التصرف خيار الرؤية، ويلزم العقد، سواء أحصل قبل رؤية المحل أم بعدها.

(٢) تعيب المحل فى يد متملكه، فإنه لايجوز أن يرد إلى صاحبه معيبا وقد سلمه سليما، فيلزم عند ذلك العقد ـ وسواء فى ذلك أن يكون العيب بفعل المحل أو بفعل المشترى أو بفعل أجنبى، وكذلك الحكم إذا كان بفعل البائع عند الطرفين[١]، خلافا للثانى.

(٣) تعذر رد بعضه بهلاك أو بعيب أو بتصرف فيه يوجب حقا للغير، لأن خيار الرؤية لايثبت فى البعض، فإذا رد المشترى المبيع مثلا، فإما أن يرده كله أو يرضى به كله، حتى لاتتجزأ الصفقة على البائع.

(٤) موت من له الخيار، فإذا توفى سقط خياره، ولاينتقل إلى ورثته مادام لم يختر قبل الوفاة، سواء أكانت وفاته قبل الرؤية أم بعدها، فيلزم العقد.

(٥) زيادة المحل فى يد متملكه زيادة تمنع الرد بخيار الشرط، وتقدم بيانها[٢].

---

(١) راجع البدائع «ج٥ ص٢٩٦، ٢٩٨».

(٢) قال الكاسانى فى البدائع «ج٥ ص٢٩٦» إذا زاد المبيع فى يد المشترى زيادة منفصلة أو متصلة متولدة أو غير متولدة فإنها فى حالات تمنعه من خيار الرؤية وفى حالات لاتمنعه منه، وذلك على التفصيل والاتفاق والاختلاف الذى ذكرنا فى خيار الشرط والعيب. والأصل أن كل مايبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية، إلا أن كلا من خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الإسقاط، وخيار الرؤية لا يسقط بصريح الإسقاط لا قبل الرؤية ولابعدها. ا. هـ بتصرف.

ومعنى هذا: أن الزيادة التى تبطل خيار الشرط المشروط للمشترى أو خيار العيب تبطل خيار الرؤية،=

والثانى ـ يشمل كل مايدل على رضا المتملك بمحل العقد أو ببعضه [1] من قول أو فعل يصدران منه. ويتحقق ذلك بما يأتيه من هذه الأمور:

(١) قول يدل على ذلك، كرضيت بالعقد أو بالمحل ونحو ذلك.

(٢) تصرف فى المحل [2] لايوجب حقا لغيره، كهبته المحل من غير تسليم، وإعارته وبيعه إياه مع اشتراط الخيار له، ومساومته فيه غيره، ونحو ذلك مما يستفاد منه إرادة استبقائه.

(٣) فعل يتصل بالمحل، كانتفاعه به وعرضه إياه للبيع [3]، وقبضه بعد رؤيته، أو دفعه لثمنه.

(٤) طلبه الأخذ بالشفعة بسببه، فإذا كان المحل عقارا وبيع بجواره عقار آخر فطلب المتملك أخذه بالشفعة بعد رؤيته المحل عد ذلك منه رضا به فيبطل خياره. (أما إذا طلب الشفعة قبل رؤيته المحل، فلا يسقط بذلك خياره، وله فسخ العقد بعد ذلك). ولا يؤثر هذا الفسخ فى تملكه بالشفعة.

توقيته: يبتدئ خيار الرؤية من وقتها، وينتهى بصدور ما يدل على الرضا من صاحبه أو فسخ العقد على الوضع الذى بيناه، كما ينتهى كذلك بحصول مايسقطه. وعلى ذلك فليس له مدة ينتهى بانتهائها. وهذا هو الراجح فى مذهب

= وما لاتبطلهما لاتبطل خيار الرؤية، وعلى هذا فالزيادة ـ إذا كانت فى يد البائع متصلة متولدة أو غير متولدة لا تبطل خيار الشرط للمشترى ولا خيار العيب فكذا لاتبطل خيار الرؤية، وإذا حدثت فى يد المشترى والخيار له فإن كانت منفصلة غير متولدة كالكسب فإنها لاتبطل كذلك خيار الشرط ولاخيار العيب. فكذلك لاتبطل خيار الرؤية وهى للمشترى بضمانه، وإن كانت متولدة كالولد أبطلتهما فكذلك تبطل خيار الرؤية. وإن كانت متصلة متولدة كالسمن فهى على الخلاف بالنسبة لكل من خيار العيب والشرط. فلا تمنع خيار العيب فى ظاهر الرواية، ولاتمنع خيار الشرط عند محمد. وعلى غير ظاهر الرواية تمنع خيار العيب. وكذلك تمنع خيار الشرط عند الشيخين. فبنى على هذا الخلاف بالنسبة لخيار الرؤية، وإن كانت متصلة غير متولدة أحدثها المشترى منعت كلا من خيار الشرط وخيار العيب، أما بالنسبة لخيار الشرط فلدلالتها على الرضا، وأما بالنسبة لخيار العيب فلعدم إمكان الرد بدونها، ولعدم جواز الرد معها. فكذلك تمنع خيار الرؤية للسبب الذى منعت لأجله من خيار العيب، إذ ليس من الممكن فصلها ورد المبيع بدونها وليس من الجائز شرعا رد المبيع معها وتركها للبائع بالمجان وهى ليست له.

(١) راجع البحر، ج٦ ص٣٦.

(٢) فى الهندية، ج٣ ص٦٠، مايبطل به خيار الشرط من تصرف أو تعيب يبطل به خيار الرؤية.

(٣) خلافا لأبى يوسف.

أبى حنيفـة. وذهب الكرخى إلى أنه مؤقت، وينتهى وقتـه بمضى أى زمن يتمكن فيه من له الخـيار من الفسخ ثم لا يفعل، فإذا مـضى هذا الزمن ولم يفسخ سقط الخيار[1].

وراثته: وخـيار الرؤية لا يـورث كمـا لايورث خـيار الشـرط؛ لأنه إرادة ومشيئة كخيار الشرط، والوارث لايرث مورثه فى رغبته كما تقدم.

---

(1) وذهب الشـافعى فى القديم إلى أنه مؤقت بمجلس الرؤية، وروى عنه أنه يثبت فور الرؤية فقط. فإذا قام من مجلســه قبل أن يفسـخ بطل خيـاره على القول الأول، وإذا مضى وقت عـقب الرؤية دون أن يفسـخ بطل خياره كذلك على القول الثانى.

خلاصة الباب

خيار الرؤية: إذا اشتريت شيئا لم تره من قبل كان لك الخيار إذا رأيته، فإن شئت فسخت العقد، وإن شئت أمضيته. وهذا هو خيار الرؤية. وإذا رأيته قبل العقد لم يكن لك هذا الخيار إذا كنت على علم وقت شرائه بأنك تشترى مارأيت، ولم يكن قد تغير عما كان عليه وقت الرؤية. وإذن فسبب ثبوته عدم الرؤية. فيثبت وإن لم يشترط فى العقد، بل وإن اشترط عدمه: ووقته عقب الرؤية. وشرطه: أن يكون محل العقد عينا مشخصة لادينا فى الذمة، وأن يكون العقد مما يقبل الفسخ باتفاق العاقدين. ولايثبت إلا فى عقد البيع،وكذا فى الإجارة إذا كانت العين المستأجرة مشخصة، وفى القسمة وفى الصلح على بدل شخصى. والرؤية المانعة من هذا الخيار: يراد بها العلم بالمبيع على الوجه الذى يعلم به عادة، ويكون ذلك بالبصر فيما يرى، وبالشم فيما يشم، وبالذوق فيما يذاق. وباللمس فيما يلمس وهكذا.

أثره: (١) عدم لزوم العقد بالنسبة لمن له هذا الخيار (ماعدا الإجارة) فيكون له حق الفسخ قبل الرؤية، لا حق إسقاطه وإمضاء العقد، ولذا لو أسقطه لم يسقط، لأنه لا يقبل الإسقاط.

(٢) أن يكون لمن له هذا الخيار حق إمضاء العقد أو فسخه بعد رؤية المحل، فإذا فسخه بطل دون توقف على قضاء قاض أو علم العاقد الآخر. وذهب الطرفان إلى اشتراط علم العاقد الآخر عند الفسخ بالقول.

مايسقطه: يسقطه قبل الرؤية وبعدها ما يأتى:

١ ـ تصرف المتملك فى المحل تصرفا يوجب لغير العاقدين حقا فيه.

٢ ـ تعيب المحل فى يد المتملك أو هلاكه ولو كان ذلك فى بعضه.

٣ ـ موت المتملك لأنه لايورث.

٤ ـ زيادة المحل فى يد متملكه زيادة تمنع الرد بخيار الشرط.

ويسقطه بعد الرؤية فقط ما يأتى:

(١) كل ما يدل على الرضا من قول: كرضيت، أو فعل، كانتفاعه بالمحل أو تصرف فيه لا يوجب للغير حقا. كهبته من غير تسليم وبيعه مع اشتراط الخيار له. ومثل ذلك فى الحكم طلبه الأخذ بالشفعة بسببه.

وقته: يبتدئ خيار الرؤية من حين رؤية المبيع، وينتهى بصدور مايدل على الرضا أو الفسخ، وإن تأخر ذلك أياما. وذهب الكرخى إلى سقوطه بمضى وقت يتمكن فيه من الفسخ ثم لا يفسخ.

وراثته: ولايورث خيار الرؤية لأنه مجرد إرادة، وهى لاتورث.

باب خيار العيب

التعريف به : هو ما يكون للمتملك من حق في فسخ العقد أو إمضائه بسبب عيب يجده فيما تملك، فإذا اشتريت كتابا فوجدته غير تام كان لك حق فسخ العقد ورد الكتاب إذا لم ترض به وأبيت أن تمضيه، وذلك لأن السلامة من العيوب من مقتضيات العقد، لتوقف الانتفاع الكامل عليها. وهو مقصود للعاقدين من العقد، فإذا فاتت لوجود عيب انعدم الرضا بالمحل، فوجب أن يرجع إلى رضا العاقد به بعد ظهور العيب، حتى إذا رضى أمضى العقد، وإذا أبى أبطله، وذلك شرع، فقد قضى النبى ﷺ برد غلام ابتاعه رجل فأقام عنده مدة. ثم تبين فيه عيبا، فقال البائع: لقد استغل غلامى يارسول الله، فقال عليه السلام: «الخراج بالضمان»(١).

سببه وشروط ثبوته: سببه ظهور عيب بالمحل، ولايترتب على ظهوره الخيار إلا إذا توافرت الشروط الآتية:

١ ـ أن يوجب ظهور هذا العيب نقص ثمنه فى عرف التجار ولو يسيرا. بحيث لو عرف عند العقد ما أقدم مشتريه على شرائه، وإن كان ثمنه فى العقد أقل من قيمته معيبا.

وذهب الشافعى إلى أن العيب الذى يوجب الخيار ما نقصت به القيمة أو فات به غرض صحيح، وكان الكثير الغالب عدم وجوده فى هذا المحل، ومثال ذلك: أن يشترى شخص شاة للضحية، فيجد فى أذنيها قطعا يمنع منها (٢)، فإن ذلك يعتبر عيبا، وإن لم يترتب عليه نقص قيمتها. أو يشترى حذاءً فيجده ضيقا، وإذا اشترى شيئا الغالب فيه ألا يخلو من هذا العيب لم يعتبر ذلك عيبا، إذ يعد مثل هذا مرضيا عنه بحكم العرف(٣) قال صاحب البحر: وقواعد الحنفية لا تأبى هذا البيان الذى ذكره الشافعية، وعليه فلا خلاف.

(١) يراد بالخراج : ما يحصل عليه المشترى من غلة العين المشتراة ومنافعها وكسبها. ومعنى الحديث: الخراج مستحق بسبب الضمان، فإذا ما اشترى إنسان عينا فانتفع بها ثم اطلع على عيب قديم فيها كان له ردها على بائعها. وليس له أن يطالب المشترى بقيمة منافعها، لأن المشترى قد استحقها بسبب ضمانه إياها، فإنها إن هلكت فى يده هلكت عليه وحده.

(٢) ذهاب أكثر من ثلث الأذن يمنع التضحية بها عند الحنفية، وهذا ظاهر الرواية. وهناك أقوال أخرى.

(٣) وذلك كالجوز والبندق إذا وجد بعضه فاسدا. لأنه لا يخلو من ذلك عادة فلا يعد ذلك عيبا إلا إذا كثر حتى صار بحيث لايقبل عرفا.

وعند أحمد الاعتبار بالعرف، فما يعده العرف عيبا كان عيبا يستوجب الخيار، وإن لم تنقص به قيمة المبيع، وما لا فلا . وهذا رأى وجيه، وبناء على ماتقدم إذا اشترى شخص منزلا فاطلع بعد العقد على أنه ينقصه «شنكل» مثلا لم يستحق بهذا خيار الرد بعيب لأنه عيب لايترتب عليه نقصان ثمن ولاقيمة، ولايفوت به غرض صحيح من شرائه، ولا يعد فى العرف عيبا، بخلاف ما إذا وجد به جدارا متصدعا، فله حينئذ الرد بالعيب اتفاقا وإن كان ثمنه أقل من قيمته معيبا بهذا العيب.

٢ ـ أن يحدث العيب عند المملك، سواء أحدث قبل العقد أم حدث بعده، قبل تسليم المبيع إلى المشترى، فإن حدث عند المتملك «المشترى» لم يكن له خيار بسببه، فإذا اشتريت منزلا وبعد أن تسلمته سقط منه جدار لم يكن لك أن ترده بسبب ذلك مادام سقوطه لم يرجع إلى عيب قديم قبل تسلمه؛ ذلك لأن المبيع قد وصل إلى يدك سليما،وذلك مقتضى العقد.

٣ ـ ألا يعلم به حين العقد وألا يرضى به بعده، وألا يزول قبل الفسخ، فإذا تعاقدا وهو عالم بالعيب أو رضى به بعد العقد، كما إذا تسلمه عالما بالعيب لم يكن له خيار، وذلك لتمام الرضا بالعين المعيبة، وما شرع الخيار إلا لفقد الرضا بها. وكذلك إذا زال العيب قبل فسخ العقد [١] سواء أكان زواله وهو فى يد المملك أم فى يد المتملك، إذ بزوال العيب يزول الخيار. ويلزم العقد مادام العيب لم يعد بسببه السابق نفسه. فإن عاد بذلك السبب نفسه ثبت الخيار، سواء أكان عوده فى يد المملك أم فى يد المتملك، وإن عاد لابنفس السبب السابق لم يثبت به خيار إلا إذا كان بسبب قائم من قبل قبض المبيع.

٤ ـ ألا يكون المملك قد شرط فى العقد براءته من العيوب، فإذا شرط ذلك فى العقد لم يترتب على العقد خيار، وعلى ذلك إذا اشتريت قلما وقد شرط عليك البائع أنه برىء من كل عيب يطلع عليه فيه، ثم وجدت به عيبا لم يكن لك حق رده، لأنه قد تبين من الشرط أن السلامة لم تكن أساسا لرضاك [٢].

---

(١) راجع رد المحتار «ج٤ ص٨٠».

(٢) وخالف فى هذا الشرط بعض العلماء من غير الحنفية، فمنهم من ذهب إلى أن اشتراط البائع براءته من العيوب اشتراط باطل، ومنهم من ذهب إلى أنه لايصح إلا إذا بين العيوب التى يبرأ منها.

وبناء على ذلك إذا إذا ما اشترى شخص عينا من الأعيان فوجدها معيبة بعيب وتوافرت جميع الشروط السابقة ثبت له حق ردها إلى بائعها وفسخ العقد، دون حاجة إلى اشتراط ذلك أثناء العقد، لأنه خيار يثبت بالشرع، فلا يحتاج إلى اشتراطه فهو كخيار الرؤية، ولكنه يخالفه فى أن يسقط بالإسقاط، فإذا اشترى شخص على أن ليس له خيار عيب فى المبيع لم يثبت له هذا الخيار، بخلاف خيار الرؤية، والسبب فى ذلك ما بيناه، وهو أن وجود هذا الشرط دليل على تحقق الرضا مع العيب، وما شرع الخيار إلا لعدم الرضا، فإذا تحقق لم يثبت الخيار.

العقود التى يثبت بها خيار العيب: وخيار العيب لايكون إلا فى معقود عليه معين بشخصه، كخيار الرؤية، أما ما يعين بأوصافه فمناط تعيينه تحقق أوصافه. فإذا لم تتحقق، لم يكن محلا للعقد، وعلى ذلك يثبت فيما يثبت فيه خيار الرؤية فقط، وقد بيناه فى خيار الرؤية[1].

أثره : ووجود العيب فى المبيع مثلا لا يحول دون نفاذ عقد البيع بل ينفذ وتترتب عليه آثاره، ولكنه يكون غير لازم بالنسبة إلى من له خيار العيب، فيكون له بسببه الخيار بين أمرين: أحدهما الرضا بالعيب وإمضاء العقد لازما. فيتملك المبيع بالثمن المتفق عليه دون أن يكون له حق الرجوع على البائع بما أظهره العيب من نقص مادام لم يمنع من الرد مانع على ما سنبينه بعد. وثانيهما فسخ العقد ورد المبيع واسترداد الثمن الذى دفعه مادام الفسخ ممكنا[2].

---

(١) ويثبت كذلك فى المهر ـ وإن لم يثبت فيه خيار الرؤية ـ لأن لثبوته فى المهر فائدة، وهى رده بالعيب وأخذ قيمته، ولايثبت به حينئذ حق فسخ النكاح، لأنه لايقبل الفسخ. وأما عدم ثبوت خيار الرؤية فيه فلعدم فائدته، لأنه إذا ثبت لايترتب عليه كذلك إلا رده والمطالبة بقيمته دون فسخ العقد، والقيمة أيضا غير مرئية، فلم يثبت لذلك حتى لايتسلسل الأمر (فتح القدير ج٢ ص٤٥٥). وكذلك يثبت عند الشافعى وأحمد فى النكاح فيكون لكل من الزوجين حق فسخه إذا وجد بصاحبه عيبا لم يرضه، وكذلك عند الإمام مالك إلا أن التفريق به عنده يكون طلاقا لا فسخا. وعند الحنفية يثبت للزوجة فقط إذا وجدت بالزوج عيبا من العيوب الثلاثة (الجب والخصاء والعنة) عند الإمام. وأضاف محمد إليها (الجنون والجذام والبرص) ويعتبر التفريق بواحد منها طلاقا، ولايتسع هذا المقام لتفصيل ذلك فليرجع إليه فى مواضعه. وقد جاء فى المادة ٩ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ : للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لايمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل لايمكنها المقام معه إلا بضرر، كالجنون والجذام والبرص. سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به (فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها، فلا يجوز التفريق) وقد جاء فى المادة ١٠ منه: الفرقة بالعيب طلاق بائن.

(٢) وهذا الفسخ عند الحنفية لايعتبر رفعا للعقد من حين صدوره، بل يعتبر رفعا له فيما يستجد ويستقبل من الآثار، أما آثاره فى الماضى فنافذة. إذ الواقع لايمكن رفعه: الزيلعى ج٤ ص٣٨.

وإذا فسخ فإمـا أن يكون ذلك قبل قبض المبيع أو بعده، فإن كـان قبل قبض المبيع وفى حـضرة البائع، انفـسخ العقد بمجـرد قوله: فسـخت أو رددت أو نحو ذلك، دون توقف على رضا البائع أو قضاء من القاضى، وإن كان فسخه العقد فى غيبة البائع لم ينفسخ إلا عند علمه بذلك عند أئمتنا الثلاثة[1]، وإن كان فسخه بعد القبض لم ينفـسخ العقد إلا برضا من البائع أو بقـضاء من القاضى. لتأكـد العقد بالقبض[2] والفسخ بالتراضى بعد القبض يعتبر فسـخا للعقد بالنسبة لعاقديه، وبيعا بالنسبة لغيرهما[3]، وإن كـان بقضـاء اعتبـر فسـخا للعـقـد فى حق العاقـدين وغيرهما[4].

الواجب عند إمـساك المحل: وليس للمشترى مع هذا الخيار إمسـاك المبيع والمطالبة بالنقص إلا إذا تراضى مع البائع على ذلك، فـعندئذ يكون رضا البائع به حطا لبعض الثمن مـن ناحيته، وسبب ذلك: أن العـيب نقص فى أوصاف المبيع، والأوصاف لا يقابلها شىء من الثمن لأنهـا تابعة، فلا يلزم البائع بنقص الثمن إذا

---

(١) راجع البدائع «ج٥ ص٢٨٦»، ورد المحتار «ج٤ ص٨٠».

(٢) وذهب أحمـد إلى أن الفسخ بالعيب لايحتـاج إلى رضا البائع ولا إلى حضـوره ولا إلى حكم قاض، وسواء أكان قـبل القبض أم بعده، لأنه رفع للعـقد بـسلطان من الشارع، ولم يقيـده الشارع بشىء من ذلك. كشاف «ج٢ ص٦٥».

(٣) وعلى هذا يثبت به للشفيع الشفعة، وإذا كان المملك مشتريا من ثالث لم يكن له أن يرده بسبب ذلك العيب عليه، واشترط بعضهم لذلك الا يكون هذا الـعيب مما لايحدث مثله كالإصبع الزائدة وإلا كان له الرد عليه للتيقن بوجوده عند بائعه الأول، والفتوى على الأول، وإذا كان فـسخ العقد بالعيب ورد المبيع بسببه قبل قبضه كان فـسخا بالنسبة للعاقـدين ولغيرهما، سواء أكان ذلك بتراض أم بقضاء، لأن الفسخ فى هذه الحال لا يحتاج إلى قضاء كما بينا، ولكنهم استثنوا من ذلك العـقار كما فى المنح، وسبب الاستثناء جواز التصرف فى العقار قبل قـبضه عند الإمام. فلذلك جاز اعتبـار الرد فى هذه الحال بيعا بالنسبة لغيـر العاقدين لابتنائه على الرضا. راجع مجمع الأنهر «ج٤ص٤٨».

(٤) ويشترط لجواز فسخ العـقد بالعيب: الا يترتب عليه تفريق الصفقة قـبل تمامها، وإلا لم يقبل منه حتى يرضى به البائع، فإن رضى به مع تفريق الصفقـة قبل، لأنه صار إقالة فى بعض المبيع، ولم يمنع منه المتملك إلا لما فيه من الإضرار بالمملك، فـإذا رضى المملك تبين أن لاضرر، فيجوز. وعلى هذا فلا يقـبل فـسخ العقد فى بعض المحل دون بعضه الآخـر قبل قبضه جميـعه فى جميع الأحوال؛ لأن تمام الصفقـة بالقبض، وتفريق الصفقة قـبل تمامها غير مقـبول، وأما بعد قبض جمـيعه فإن كان المحل شيئـا واحدا كدار أو فى حكم الشىء الواحد كحذاء لم يقبل فسخ العقد فى بعضه أيضا، لما فى ذلك من الإضرار بالمملك، وإن كان متعددا كدارين وجد بإحـداهما عيبـا كان له رد المعيب وحـده بحصتـه من الثمن، وليـس له رد الجمـيع «الدارين» إلا برضا المملك، خلافا لزفر، إذ رأى أنه يجب عليه أن يرد الجميع أو يمسك الجميع. راجع البدائع «ج٥ ص٢٨٦» وما بعدها.

فات شيء منها، ولأنه لو ألزم البائع به لألزم بإخراج المبيع من ملكه بعوض لم يرضه، وذلك ضرر به، ولا يجوز أن يرفع الضرر عن المشترى بإثبات ضرر على البائع، فوجب إما إعادة الحال إلى سيرتها الأولى وذلك بفسخ البيع ورد كل العوض إلى صاحبه، وإما بإمضاء العقد على حاله إلا إذا تراضيا على غير ذلك، وإلى هذا ذهب الشافعى، وهو رواية عن أحمد . وأظهر الروايتين عنده: أن المشترى مخير بين الفسخ، وعندئذ يسترد الثمن [1]، وبين الإمساك والرجوع بالنقصان على المملك، إذ بالعيب يفوت على المشترى جزء من المبيع، فكان له المطالبة بحصته من الثمن.

ويرى مالك أن المشترى فى غير العقار مخير بين الرد والإمساك بالثمن، وكذلك فى العقار إن كان العيب فاحشا، فإن كان متوسطا لم يكن له إلا الرجوع بالنقص. وهناك أقوال أخرى.

موانع الرد بخيار العيب: وإنما يجوز للمتملك أن يفسخ العقد بسبب خيار العيب إذا لم يوجد مانع من الموانع الآتية، وهى:

(١) رضاه بالعيب بعد علمه به، وذلك لأن رضاه به دليل على أن سلامة المحل من هذا العيب غير مطلوبة له من العقد، وعلى أن وجود هذا العيب لم يؤثر فى رضاه فلا يكون له لأجل ذلك حق الفسخ [2].

(٢) إسقاطه الخيار سواء أكان ذلك الإسقاط صريحا كقوله: أسقطت خيارى. أم دلالة، كإبرائه المملك من العيب الذى ظهر، لأن هذا الإبراء دليل تركه للخيار.

---

(١) ويسترد الثمن من البائع ولو كان البائع قد وهبه إياه أو أبرأه منه قبل قبضه، لأن المشترى تملكه بعقد آخر فلا يؤثر ذلك فى حقه فى استرداد الثمن عند الفسخ. كشاف القناع «ج٢ ص٦٤». وأما الحنفية فذهب بعضهم إلى أن هبة الثمن للمشترى أو إبراءه منه تمنع المشترى من الرد بسبب العيب إذ لم ينله ضرر ما بعد حط الثمن عنه، ولأن المبيع قد وهب له . وذهب آخرون إلى أنها لا تمنع. ومقتضى قواعدهم: أنه إذا اختار الفسخ ورد المبيع يرجع بالثمن، وإن كان قد حط عنه: رد المحتار «ج٤ ص٨١».

(٢) والرضا إما صريح، كقول المتملك: رضيت بالعيب أو أجزت العقد أو أوجبته، وإما دلالة ويكون بكل تصرف فى محل العقد بعد العلم بالعيب، لأن التصرف فيه مع العلم بالعيب دليل الرضا. ومثال ذلك: أن يزيد المتملك فى المحل زيادة متصلة، كأن يكون أرضا فيبنى عليها أو ثوبا فيصبغه، أو يغيره بما يخرجه عن حاله، كأن يكون حنطة فيطحنها أو لحما فيشويه، أو يخرجه عن ملكه ببيع ، أو بهبة،أو ينتفع به كأن يكون دابة فيركبها لحاجته أو دارا فيسكنها على أحد القولين أو يعمرها، أو ثوبا فيلبسه. فكل ذلك عد رضا يسقط به الرد بخيار العيب.

(٣) هلاك محل العقد فى يد المتملك، إذ لا محل للرد حينئذ [١].

(٤) تعيب محل العقد في يد المتملك [٢] إذ ليس من المقبول أن يخرج المبيع مثلا عن ملك البائع وليس فيه إلا عيب واحد ثم يعود إليه بعيبين [٣] فيمتنع الفسخ مراعاة لحق البائع [٤]. ولذا لايمتنع عندما يرضى به البائع فيفسخ العقد ويرد الثمن.

(٥) زيادة المحل فى يد المتملك زيادة متصلة غير متولدة أو منفصلة متولدة. أما المتصلة المتولدة والمنفصلة غير المتولدة [٥] فلا تمنعان الرد.

---

(١) أما هلاكه فى يد المملك فهو قبل القبض، والهلاك قبل القبض مبطل للعقد.

(٢) وذهب أحمد إلى أن حدوث العيب عند المشترى إنما يمنع الرد بالعيب الحادث عند البائع إذا لم يدلس البائع، أما إذا دلس البائع العيب فكتمه عن المشترى ثم حدث بالمبيع عيب آخر عنده لم يكن هذا العيب مانعا من الرد، فيرده ويسترد الثمن كله، ولايستحق البائع قبله تعويضا عن العيب الحادث عنده،وكذلك الحكم إذا ما تلف المبيع عند المشترى بعد تدليس البائع، فيرجع على البائع بكل الثمن، سواء أتلف بفعل الله كالمرض أو بفعل أجنبى كأن يجنى عليه شخص، أما إذا تلف بفعل المشترى، فإن كان فعلا مأذونا فيه شرعا فكذلك الحكم، وإلا لم يذهب فعله هدرا، كما إذا حمل الدابة ما لاتطيق فهلكت بسبب ذلك، وإذا ذبحها فأكلها لم يعد ذلك تلفا بل انتفاعا، ولذا يظهر لى أنه يرجع بالتعويض فقط لا بالثمن.

(٣) إذا كان المبيع مما يؤكل باطنه لاظاهره كان الاطلاع على عيبه الباطن متوقفا على كسره كالبطيخ والبيض والجوز والبندق وكل ما كان مأكوله فى جوفه، فإذا كسر المشترى بعض آحاده لتعرفه ولم يزد على مايقضى العرف بكسره لتعرف عيبه كان ذلك مأذونا فيه، عند الشافعى من البائع عرفا، وكان له أن يرده على البائع إذا وجد فاسده أكثر مما يقضى العرف بوجوده، وفى هذه الحال يرده كله على البائع بلا أرش ولا يعد كسر بعض عيبا يمنع الرد. وذهب أبو حنيفة إلى أن البيع يبطل فى هذه الحال لأن الفاسد منه ليس بمال، وجعله مبيعا واحدا مبطل للبيع. وذهب الصاحبان إلى أن البيع يصح فى الصحيح وحده بحصته من الثمن ويبطل فى الفاسد، وذلك لإمكان قسمة الثمن على الآحاد لتماثلها فيرجع على البائع بحصة الفاسد من الثمن، وإلى هذا ذهب أحمد . وروى عن الشافعى أن المشترى يرد الجميع على البائع مع أرش المكسور وهو الفرق بين قيمته صحيحا وقيمته مكسورا معيبا مراعاة للطرفين، وروى عنه أيضا أن كسر بعضه عيب يمنع رد الجميع. وله أن يرجع على البائع بأرش الفاسد. وأما إذا كان الفاسد قليلا ولايعده العرف عيبا فلا يرجع على البائع بشىء اتفاقا. إذ لاتخلو هذه الأشياء من مثل ذلك. وإذا وجده كله فاسدا بطل البيع فيه كله اتفاقا، فيرجع بالثمن لأنه ظهر أنه بيع ماليس بمال. راجع الزيلعى وكشاف القناع ونهاية المحتاج.

(٤) سواء أكان هذا التعيب بفعل المحل نفسه، كأن يكون حيوانا فيعيب نفسه أم بفعل المشترى أم بآفة سماوية، وكذلك الحكم إذا كان بفعل أجنبى أو بفعل المملك، لأن ذلك يستوجب الضمان، وأداء الأرش، والأرش فى حكم الزيادة المنفصلة المتولدة، وهى تمنع الرد كما سيأتى. أما تعيبه فى يد المملك فلا يمنع الرد، بل يستوجب ثبوت الخيار إن لم يكن ثابتا من قبل، غير أن التعيب إذا كان فى هذه الحال بفعل المشترى «المتملك» فإن المشترى يعتبر به قابضا ويكون له حكم التعيب عنده.

(٥) زيادة المحل فى يد المتملك إذا كانت متصلة متولدة كالسمن والجمال لم تمنع الرد بخيار العيب عند =

(٦) تصرف المتملك فى المحل تصرفا يخرجه عن ملكه وهو غير عالم بعيبه. وذلك ببيعه أو بهبته مع التسليم أو بوقفه أو بغير ذلك،فكل هذا يمنع الفسخ ورد المبيع، محافظة على حقوق غيره، ولكن إذا رد إليه بعد ذلك عاد إليه حق الفسخ إذا ما كان الرد بسبب فسخ العقد من أصله، وذلك كأن يرد إليه بخيار رؤية أو بخيار شرط أو بخيار عيب قبل القبض، لأن التصرف أصبح بذلك كأن لم يكن [1]. وإن عاد إليه بما يعد سببا جديدا كأن اشتراه أو رد إليه بعيب القبض بتراض لم يكن له حق الفسخ فى هذه الحال.

الرجوع بنقصان العيب عند امتناع الرد: وإذا امتنع فسخ العقد ورد المحل بسبب من هذه الأسباب نظرنا، فإن توافرت الشروط الآتية كان له حينئذ حق الرجوع على المملك بنقصان العيب وعليه إمساك المحل، وإن لم تتوافر لزمه إمساك المحل ولم يكن له مع ذلك حق الرجوع على مملكه بالنقص.

شروط جواز الرجوع بالنقص: لايجوز للمتملك عند إمساكه المحل أن يرجع على المملك بنقص العيب إلا إذا توافرت الشروط الثلاثة الآتية:

= محمد وهو ظاهر الرواية، وهو الصحيح كما فى فتاوى قاضيخان. وذهب الشيخان إلى أن للمشترى «المتملك» الحق فى إمساك المبيع عند حدوثها والرجوع على البائع بنقصان العيب إن أراد، وإذا أراد فسخ العقد ورد المبيع كما فى البدائع. وإذا كانت متصلة غير متولدة كالصبغ يحدثه المتملك منعت الرد بالاتفاق لما يترتب على ردها مع المحل مجانا من شبهة الربا، وفى البدائع: إذا اتفق العاقدان على الرد، كان ذلك بيعا جديدا محله المبيع فى العقد الأول مع زيادته، وليس فى ذلك حرج. وإذا كانت منفصلة متولدة ومثله الأرش منعت اتفاقا، لما فى ردها مع المحل من شبهة الربا أيضا. لأنها زيادة مال غير مملوك للبائع، ولم يكن فى ضمانه، وإذا كانت منفصلة غير متولدة كالكسب لم تمنع اتفاقا، وطابت للمشترى عند الرد، لأنها نماء مال كان فى ضمانه وملكه. أما الزيادة فى يد المملك، فسواء أكانت متصلة أم منفصلة متولدة أو غير متولدة، فإنها لاتمنع الرد لأنها زيادة قبل القبض، وهى تعتبر مع أصلها مبيعة إذا كانت متولدة، فإذا أمضى العقد مضى فيها، وإن فسخ فسخ فيها أيضا، أما إذا كانت غير متولدة، وقد أحدثها البائع فلا تمنع، لأن التعدى لايبطل للغير حقا، وإن أحدثها المشترى اعتبر قابضا، وكان لها حكم الزيادة فى يده إذا أحدثها هو، وإذا كانت منفصلة غير متولدة كالكسب والأجرة لم تمنع كذلك، غير أنها لاتطيب لأحد المتعاقدين. لأنها نماء مال غير مملوك إذا ما أخذها البائع او مال لم يدخل فى الضمان إذا ما أخذها المشترى. راجع الفتاوى الهندية «ج٣ص٧٧» والبدائع «ج٥ ص٢٨٤» ومابعدها، والزيلعى «ج٤ ص٣٥» وفيها زيادات تتعلق بأحكام الزيادة عند تعيبها أو هلاكها.

(١) لايريد الفقهاء بذلك أن العقد عند فسخه يعتبر كأنه لم يكن بالنسبة لما ترتب عليه من الآثار فعلا قبل فسخه، وإنما يريدون أنه لايترتب عليه بعد فسخه أثر وإنما آثروا هذا التعبير مع أن الظاهر مع هذا المراد أن يقال: إنه فسخ من وقت الفسخ ليبنوا على ذلك أن الآثار التى كانت للمملك قبل العقد تبقى له، ولا يبطلها، مالك جديد؛ لان سبب هذا الملك يعتبر بالنسبة إليه كأن لم يكن، وكأنه فسخ من أصله.

(١) أن يكون امتناع الرد بسبب ليس من قبل المتملك، سواء أكان هذا السبب المانع قد منع لحق الممنث أم لحق الشرع [١]، وعلى هذا يكون للمتملك حق الرجوع بالنقص عند تحقق مانع من الموانع الآتية:

أولا ـ (١) عند هلاك المحل. (٢) أو عند تعيبه. (٣) أو عند تغنيره تغيرا يخرجه عن حالته ويجعله شيئا آخر. كأن يكون حبوبا فتطحن أو لحما فيشوى بشرط ألا يحدث هذا من المتملك عالما بالعيب وإلا عد به راضيا عنه. (٤) أو عند أكله إذا كان طعاما مع مراعاة ماسبق.

لأن الامتناع فى جميع هذه الأحوال لحق المملك، إذ لو أجيز الفسخ لأصابه الضرر فى ماله كما هو ظاهر، ولذا لو تراضيا على الفسخ عند التعيب جاز ذلك.

ثانيا ـ عند زيادته فى يد المتملك زيادة منفصلة متولدة، أو متصلة غير متولدة، لأن الامتناع لحق الشارع، ألا ترى أن العاقدين لو تراضيا على الفسخ مع وجود الزيادة، وعلى ردها مع أصلها لم يجز لما فى ذلك من شبهة الربا.

ولايكون للمتملك حق الرجوع بالنقصان عند تصرفه فى المحل بما ـ خرجه عن ملكه، ولا عند رضاه بالعيب، لأن المنع حينئذ من جهة المتملك، ألا ترى أن المملك يستطيع أن يقول: لولا تصرفه ولولا رضاه لقبلت المبيع ورددت كل الثمن، وليس من المقبول أن يخرج المبيع من ملكه ببدل لايرضاه.

(٢) عدم رضا المتملك بالعيب صريحا أو دلالة، سواء أكان بعد تحقق المانع أم قبله؛ لأن رضاه بالعيب كما يمنع الفسخ يمنع الرجوع بنقصان العيب، إذ يتبين منه أن السلامة من هذا العيب لم تكن مطلوبة. فلا يكون له حينئذ حق الرجوع بنقصان العيب. وعلى ذلك يلزم بإمساك المحل [٢].

---

(١) إذا منع من الرد مانع ليس من قبل المتملك كان له حق الرجوع بالنقصان، لأن فى إلزامه بالمحل ـ مع ما ظهر فيه من عيب ـ نظير ما دفع من الثمن إلزاما له بما لم يرضه، وهذا لايجوز، وفى فسخ العقد ورد المحل إضرار بالمملك أو إقرار لشبهة الربا، فلا يجوز كذلك، وحينئذ لم يبق إلا أن يثبت للمتملك حق الرجوع بالنقص فيرتفع بذلك الضرر عنه، وليس فيه كبير ضرر بالمملك، لأنه إنما أخرجه من ملكه نظير هذا البدل على أنه سليم، فكان ذلك منه رضا بنقص الثمن إذا ظهر معيبا.

(٢) وعلى هذا إذا زاد المبيع زيادة مانعة من الرد ثم قال المشترى: رضيت بالعيب، أو تنازل عن حق الرجوع=

(٣) ألا يعوض المتملك عن المحل عند فواته وامتناع الرد، وإلى هذا ذهب الإمام وهو ظاهر الرواية [١].

كيف يقدر نقصان العيب: وكيفية تقدير النقصان، أن يقوَّم المبيع سليما من العيب وقت العقد، ثم يقوَّم معيبا وقته، ثم ينسب الفرق بين القيمتين إلى قيمته سليما، وبقدر هذه النسبة ينقص الثمن ويأخذ المشترى مقدار النقص، فإذا اشترى شخص سيارة فوجدها معيبة بعد أن امتنع ردها، قومت سليمة وقت العقد، ولتكن قيمتها ١٠٠٠ جنيه ثم قومت كذلك معيبة، ولتكن قيمتها ٨٠٠ جنيه فالفرق ٢٠٠ جنيه هو خمس الألف، فإذا كان قد اشتراها بخمسمائة جنيه رجع بخمسها وهو ١٠٠ جنيه.

توقيته وانتهاؤه: إذا وجد المشترى بالمبيع العيب كان له كما قدمنا حق رده وفسخ العقد أو الرضا به بثمنه المحدد فى العقد وإمضاء العقد لازما. ويستمر ذلك حقا له [٢] إلى أن يصدر منه مايدل على فسخه للعقد، فينفسخ كما قدمنا، أو على رضاه بالمبيع فيصير العقد لازما، أو يحدث ما يحول دون الفسخ، وفى هذه الحال قد يلزمه المبيع بثمنه المتفق عليه فى العقد، وقد يكون له حق الرجوع بنقصان

= بالنقصان لم يكن له بعد ذلك أن يرجع على البائع بنقصان العيب، ومثل ذلك كل تصرف من المشترى يدل على الرضا إذا حدث بعد العلم بالعيب وكان المانع من جهة البائع، سواء أخرج المحل عن ملك المشترى بسبب ذلك أم لم يخرج، لأنه دليل الرضا، فإن حدث قبل العلم به ثم علم بعد ذلك نظر: فإن كان التصرف قد أخرج المبيع من ملك مشتريه منع الرجوع بالنقص إذ يستطيع البائع أن يقول: لولا تصرفه لقبلت المبيع معيبا ورددت كل الثمن. وإذن فلا يكون له حق الرجوع بالنقص. وإن كان لم يخرج المبيع من ملكه لم يمنع الرجوع بالنقص لأنه لايدل على الرضا به لحدوثه قبل العلم بالعيب، وأما إذا كان المنع من الرد لحق الشرع فإن تصرفه حينئذ فى المحل لايدل على الرضا به وإن كان بعد علمه بالعيب، إذ لايعد دليلا على إرادته إمساكه لأن رده على بائعه ممنوع على أية حال فهو له، تصرف أم لم يتصرف. ولهذا لايكون تصرفه دليلا على الرضا ويكون له حق الرجوع بالنقص، سواء أخرج المبيع عن ملكه أم لم يخرجه، وذلك كما فى حال الزيادة.

(١) وعلى ذلك إذا تعدى على المبيع أجنبى فأتلفه فضمن وقد كان معيبا لم يكن لمشتريه حق الرجوع على بائعه بنقصان العيب، لأن ذلك فى معنى تصرفه فيه بإخراجه عن ملكه، وذلك مانع من الرجوع بالنقصان وذهب الصاحبان إلى أن له حق الرجوع لأن الامتناع عن الرد ليس من قبله فى الواقع، والعوض لم يجبر النقصان لأنه عبارة عن قيمة المبيع مبيعا، والضمان ضرورى للإتلاف، فكان لابد من الرجوع بالنقصان محافظة على ماله وهذا أوجه، راجع البدائع ج٥ ص٢٩١.

(٢) ويرى الشافعى أن رد المبيع المعيب يجب أن يكون على الفور، والمراد بذلك الفورية المعتادة حتى لاينال البائع ضرر من التأخير، فإذا أخر المشترى الرد بلا عذر سقط حقه فيه ولا أرش له . نهاية.

العيب، وقد بينا ذلك بما فيه الكفاية لمثل دراستنا (١). غير أن الرضا بالمبيع قد يكون صريحا كأن يقول المشترى: أمضيت العقد، أو رضيت بالعيب أو رضيت بالمبيع ونحو ذلك، وقد يكون ضمنيا كأن يتصرف المشترى فى المبيع بعد علمه بالعيب. تصرفا يدل على رضاه به. مثل البناء فى الأرض والصباغة للثوب، والتصرف فى المبيع ببيعه لغيره أو هبته له أو إجارته أو رهنه أو الانتفاع به أو نحو ذلك.

وراثته: إذا توفى من له الخيار بالعيب قبل أن يختار، كان لوارثه حق الخيار، وذلك لأن المشترى قد استحق بالعقد على البائع مبيعا سليما من العيوب، ووارثه يقوم مقامه فى جميع ما يستحقه من حقوق مالية، فينتقل إليه هذا الاستحقاق، وبسببه يثبت له الخيار فى المبيع المعيب، فإن شاء رده وإن شاء ارتضاه، ذلك لأن المبيع المعيب أقل مما يستحقه بالميراث عن مورثه، فإن شاء اكتفى به، وإن شاء لم يرض، وطالب بكل مايستحق، وبهذا يتبين أن هذا الخيار يثبت للوارث ابتداء، لا بحكم الوراثة عند الحنفية، وذهب مالك وأحمد والشافعى إلى أنه يثبت للوارث بحكم الوراثة لأنه حق مالى، ولايترتب على هذا الخلاف نتيجة عملية فلا داعى إلى التطويل فيه.

---

(١) علمت أن أحمد يخير بين الفسخ وبين الإمساك مع التعويض، فإذا صدر منه بعد العلم بالعيب من التصرفات مايدل على رضاه بالعيب، فهل يعتبر ذلك منه اختيارا للإمساك مع طلب التعويض أو رضا بالمبيع على عيبه بالثمن المتفق عليه؟ قولان عند أحمد. قال الموفق: إن له الأرش بكل حال، وصوبه فى الإنصاف، وضعف القول بأن ذلك يعتبر رضا بالمبيع بثمنه . كشاف «ج٢ ص٦٤».

خلاصة الباب

خيار العيب: هو مايكون للمتملك من حق فسخ العقد أو إمضائه بسبب عيب يجده فيما تملك. وذلك بحكم الشارع. فلا يحتاج فى ثبوته له إلى اشتراط ذلك فى العقد.

وسببه ظهور عيب فى محل العقد إذا توافرت الشروط الآتية:

(١) أن يترتب على هذا العيب نقص فى ثمنه عند التجار ولو يسيرا بحيث لو عرفه المتملك ما أقدم على شرائه بهذا الثمن. وعند أحمد أن يعده العرف عيبا فى المحل، فلا يرد منزل لظهور أنه ينقصه رتاج لأحد أبوابه.

(٢) أن يحدث هذا العيب عند المملك قبل التسليم إلى المتملك.

(٣) ألا يعلم به حين العقد، وألا يرضى به بعده، وألا يزول قبل فسخ العقد.

(٤) ألا يكون المملك قد شرط على المتملك البراءة من العيوب، وألا يكون المتملك قد تملكه على ألا يكون له خيار العيب.

ويثبت خيار العيب فيما يثبت فيه خيار الرؤية، كما يثبت فى المهر، ولكن بأثر خاص يعرف فى كتاب النكاح.

ويترتب على ثبوت الخيار أن العقد يصير غير لازم بالنسبة لمن له الخيار، إذ يكون له بسببه أن يمضى العقد راضيا بالثمن كله، أو يرد المحل ويسترد الثمن، مالم يمنع من ذلك مانع. وإذا اختار الفسخ قبل التسلم لم يحتج فى ذلك إلى قضاء من القاضى أو رضا من العاقد الآخر غير أنه يشترط فى نفاذ فسخه أن يعلم العاقد به حينئذ، وإن فسخه بعد التسلم احتيج إلى التراضى أو إلى القضاء بذلك.

وهو قبل القبض فسخ بالنسبة للعاقدين ولغيرهما فيما عدا العقار، وبعد القبض كذلك إذا كان بالقضاء، فإن كان بالتراضى اعتبر بيعا جديدا فى حق غيرهما كالشفيع.

وليس للمشترى أن يمسك المبيع، ويطالب بنقص العيب إذا ما جاز له رده إلا إذا تراضى مع بائعه على ذلك، وعند ذلك يكون نقص الثمن للعيب حطا به.

موانع الرد بخيار العيب: يمنعه ما يأتى:

(١) رضا المتملك بالعيب بعد علمه به.

(٢) إسقاطه لحقه فى الخيار بالعيب، سواء أكان ذلك صريحا كأسقطت حقى فى الخيار أم دلالة كإبرائه المملك من العيب.

(٣) هلاك محل العقد فى يد المتملك.

(٤) تعيب المحل فى يده إلا إذا رضى البائع بالرد مع العيب الجديد الحادث عند المتملك.

(٥) زيادة المحل فى يد المتملك زيادة متصلة، غير متولدة، أو زيادة منفصلة متولدة.

(٦) تصرف المتملك فى المحل تصرفا يخرجه من ملكه، وهو غير عالم بعيبه، وإلا كان ذلك رضا بالعيب، وقد تقدم.

وإذا امتنع الرد بالعيب كان له حق الرجوع بنقصان العيب إذا توافرت الشروط الآتية، ويلزمه حينئذ إمساكه، فإن لم تتوافر لزمه إمساكه بجميع الثمن، وهذه الشروط:

١ - أن يكون امتناع الرد بسبب ليس من قبل المتملك، فإن كان من قبله، كتصرفه فيه لم يكن له حق الرجوع بالنقصان.

٢ - عدم رضا المتملك بالعيب بعد تحقق المانع، لأن رضاه به كما يمنع الفسخ قبل المانع يمنع الرجوع بالنقصان بعد ثبوت المانع.

٣ - ألا يعوَّض المتملك عن المحل عند امتناع الرد بسبب استهلاك المحل.

ويقدر النقصان بتقويم المبيع سليما عند العقد، ومعيبا عنده، وينسب الفرق بين القيمتين إلى قيمته سليما، وبقدر هذه النسبة ينقص الثمن. وإذا ثبت الخيار بظهور العيب استمر حقا للمتملك إلى أن يصدر منه مايدل على فسخه لعقد أو على رضاه بالمبيع أو يحدث مايحول دون الفسخ من الأسباب، وإذا توفى من له الخيار، وهو على خياره كان للوارث هذا الخيار أيضا.

أقسام العقود بالنظر إلى آثارها على وجه الإجمال:

تنقسم العقود بالنظر إلى آثارها والأغراض التى تقصد منها إلى مجموعات، ينتظم كل مجموعة منها غرض خاص، ويكون لها به وحدة معينة، ولذلك قد قيد العقد فى أكثر من مجموعة إذا تعدد الغرض منه وهاك بيانها [1]:

١ ـ التمليكات وهى تنتظم المعاوضات والتبرعات:

(أ) فالمعاوضات تشمل البيع بجميع أنواعه من قرض وصرف وسلم وغيرها والقسمة والصلح والاستصناع، والإجارة والمزارعة والمساقاة والزواج والخلع والمضاربة والجعالة؛ لما فى جميع هذه العقود من معنى المعاوضة والمبادلة.

(ب) والتبرعات تشمل الهبة والصدقة والوصية والإعارة والقرض والكفالة والحوالة والمحاباة فى عقود المعاوضات والوقف والإبراء؛ لما فى جميع هذه العقود من معنى التبرع.

٢ ـ الإسقاطات، وهى إما أن تكون نظير بدل، كالخلع والعفو عن القصاص نظير مال والصلح فى الدين، وإما أن تكون بلا بدل، كالإبراء والطلاق والإعتاق وتسليم الشفعة والعفو عن القصاص بالمجان؛ لما فى جميع ذلك من معنى التنازل والإسقاط.

٣ ـ الإطلاقات، وتشمل الوكالة والإذن بالتجارة للصبى ونحوه، والبضاعة لما فيها من إطلاق اليد فى المال بعد المنع.

٤ ـ التقييدات، وتشمل عزل الوكيل والحجر على المأذون بالتجارة، وعزل ناظر الوقف والوصى، لما فيها من المنع بعد الإطلاق.

٥ ـ الشركات، وتشمل الشركة بجميع أنواعها، والمضاربة والمزارعة والمساقاة لما فيها من الشركة فى النماء.

٦ ـ التأمينات أو عقود التوثيق، وتشمل الكفالة والحوالة والرهن، لما فيها من ضمان الوفاء.

وبهذا ينتهى كلامنا على العقد فى إجمال، ونتنقل إلى شرح بعض العقود المالية بإيجاز [2].

---

(١) راجع عوارض الأهلية لأستاذنا المرحوم أحمد بك إبراهيم.

(٢) وهى العقود التى رؤى دراستها لطلبة السنة الأولى من قسم الليسانس بالحقوق، ولسنا نريد من ذلك أن ندرسها دراسة تفصيلية وإنما نريد أن تكون دراستنا لها إجمالية نعنى فيها بالإشارة إلى أسسها وقواعدها العامة التى جعلت أساسا للتطبيق والتفريع

باب البيع

البيع مبادلة مال بمال «كبيع دار بألفى جنيه» ولاتكون هذه المبادلة إلا بما يدل عليها من قول أو فعل، سواء أكان ذلك الفعل كتابة أم إشارة أم تعاطيا «كما قدمنا» وذلك مايسمى بالصيغة أو بالعقد، ولابد له من طرفين: هما العاقدان، ومن بدلين: هما المبيع والثمن، وإذن فالكلام على البيع يكون ببيان الأحكام التى تتعلق بالصيغة والعاقدين والمبيع والثمن ومايترتب عليه من الآثار.

صيغته ـ الإيجاب والقبول ـ أركانه :

صيغة عقد البيع: مايصدر من عاقديه دالا على إنشاء المبادلة من قول أو فعل؛ وإن شئت قلت: مجموع الإيجاب والقبول المنشئين للمبادلة، وهما ركنا عقد البيع، وقد يكون كل منهما لفظا أو كتابة أو إشارة أو إعطاء وأخذا، وقد يكون أحدهما لفظا والآخر فعلا، وعلى أية حال فالصادر ابتداء هو الإيجاب والصادر بعده هو القبول، ولا تنشأ بهما المبادلة إلا إذا كانا مرتبطين. ولايتم الارتباط بينهما إلا بشرطين:

شروط الصيغة: الأول ـ موافقة القبول للإيجاب ولو على سبيل التضمن[1]، فلا يتم الارتباط بقبول جميع المبيع ببعض الثمن، ولابقبول بعض المبيع ببعض الثمن، فإذا باع شخص لآخر كتابين بعشرة قروش فقال: قبلتهما بخمسة قروش، أو قبلت أحدهما بخمسة قروش لم يتم بذلك ارتباط، وأما إذا قال: قبلتهما بعشرة قروش فيتم الارتباط، لوجود الموافقة الصريحة.

وكذلك إذا قال: قبلتهما بخمسة عشر قرشا لوجود الموافقة الضمنية، ولا تلزم الخمسة الزائدة إلا بقبولها من البائع فى المجلس [2].

---

(١) ومما ينبنى على ذلك: ما إذا وجه بالإيجاب من شخص واحد او اكثر، وهم شركاء إلى شخص واحد أو اكثر ببيع عين بثمن معين بعبارة واحدة، مثل بعت او بعنا هذه الدار لك أو لكم بالفى جنيه، او اشتريت أو اشترينا هذه السيارة منك او منكم بالف جنيه، فإنه لا يتم الارتباط إلا بقبول الإيجاب ممن وجه إليه على الوجه الذى صدر به، حتى إذا قبله بعض من وجه إليه وحده، او قبل بعضه كل من وجه إليهما وبعضهم لايتم بذلك الارتباط. راجع فتح القدير «ج٥ ص٨٠» والهندية «ج٣ ص١٤».

(٢) رد المحتار «ج٤ ص١١» وإذا قبل بعض المبيع بجميع الثمن، كما إذا باعه كتابين بعشرة قروش قبل أحدهما بعينه بعشرة، قال فى مجمع الأنهر «ج٢ ص٦» ليس ذلك للمشترى لأنه تفريق للصفقة. أقول : إن تفريق الصفقة ممنوع إذا ترتب عليه ضرر، ولايضر تفريق الصفقة هنا إلا إذا كان فى ركنه بعض المبيع بالمجان لبائعه ضرر عليه، فلينظر.

الثانى ـ ألا يفصل بينهما فاصل يعتبر إعراضا عن الإيجاب أو مبطلا له كقيام أحدهما من المجلس، أو شروعه في عمل آخر لايتصل بالعقد، وكصدور إيجاب بالبيع ببدل آخر، وكموت الموجب قبل القبول. إذ موته يبطل إيجابه[1].

إذا كان العقد بالمراسلة كان مجلس العقد مجلس وصول الرسالة «كتابية أو شفوية» ويتم الارتباط حينئذ بالقبول فى هذا المجلس ـ وإن لم يعلم به الموجب ـ بشرط ألا يكون الموجب قد رجع عن إيجابه قبل حصول القبول.

صفة الصيغة : وقد علمت أن الصيغة قد تصدر مطلقة غير مقترنة بشرط، وقد تقترن به، وعلى كل فقد تكون منجزة، وقد تكون مضافة، وقد تكون معلقة. وقد علمت أن عقد البيع لايصح مع إضافته، ولا مع تعليقه، بل يكون عقدا فاسدا، وأنه إذا اقترن بشرط صحيح صح ولزم الشرط، وإذا اقترن بشرط فاسد فسد به، وإذا اقترن بشرط باطل صح وبطل الشرط، ومن الشروط الفاسدة: توقيت الصيغة، واشتمالها على تأجيل الثمن إلى وقت مجهول، فإذا بعت كتابك لشخص لمدة سنة كان العقد فاسدا، وكذا إذا بعته بثمن مؤجل إلي وقت الميسرة، وكذلك عرفت أنها تقترن بشرط الخيار، وعرفت آثار ذلك فيها، وأن العقد حينئذ لايكون لازما بالنسبة لمن اشترط له الخيار. وقد سبق شرح كل هذا.

العاقدان

هما البائع والمشترى. وقد علمت مما مضى أنهما إذا فقدا الأهلية لم يكن لهما عبارة معتبرة كالمجنون، وإذا كانت أهليتهما قاصرة، كالصبى المميز، أو حجر عليهما للسفه أو للغفلة كان بيعهما صحيحا متوقفا على إجازة من له الولاية عليهما، لأن البيع مما يتردد بين النفع والضرر، وإذا كانا هازلين أو مكرهين كان بيعهما فاسدا، وإذا لم يكن لأحدهما ولاية وهو كامل الأهلية كان عقده صحيحا متوقفا على إجازة ذى الشأن.

وكذلك علمت أن عقد البيع لاينشئه عاقد واحد بعبارة صادرة منه وإن تعددت ولايته، لما بيناه فيما سبق، وأنه قد استثنى من ذلك الأب إذا باع ماله لولده الصغير، أو اشترى لنفسه مال ولده الصغير، إلى آخر مابيناه.

---

(١) درر المنتقى «ج٢ ص٤٣».

المبيع

المبيع مايتملكه المشترى بعقد البيع من البدلين، فإذا اشتريت دارا بألف جنيه كانت الدار مبيعا [1]. وقد يكون عينا مفرزة. وقد يكون جزءا شائعا من عين مفرزة. وفى هذه الحال يصح أن يباع للشريك فى هذه العين وأن يباع لغيره.

شروطه: ويشترط فى المبيع ما يأتى:

أولا - يشترط لانعقاد البيع فيه شرطان. أحدهما أن يكون موجودا، وثانيهما: أن يكون مالا متقوما، وهذان شرطان لانعقاد العقد فيه، فلا ينعقد بيع ثمرة لم تبرز أصلا، ولا بيع الحر، ولابيع حق التعلى عند انعدام البناء، ولا بيع الماس مع الإشارة إلى الزجاج، لانعدام المبيع فى كل هذه الصور. وكذلك لاينعقد بيع المال المباح ولا بيع الخمر والخنزير والميتة حتف أنفها، لأن البيع ليس مالا متقوما [1].

---

(١) كيف يتميز المبيع فى الثمن؟

إذا كان أحد البدلين فى البيع نقدا والآخر غير نقد، فالنقد هو الثمن والآخر هو المبيع حتما، كما فى بيع كتاب بعشرة قروش. ، فالكتاب هو المبيع، وإن كانا نقدين كان كل منهما ثمنا فيه معنى المبيع، وكان العقد صرفا، وذلك كما فى مبادلة جنيه مصرى ذهب بعشر قطع من الفضة كل قطعة تساوى عشرة قروش. وإن لم يكن أحدهما نقدا وكان أحدهما مثليا والآخر قيميا، فالمثلى هو الثمن إذا كان عينا معينة، والقيمى هو المبيع. ومثال ذلك : أن تبيع دارا بهذه الصبرة من القمح، أو تبيع هذه الصبرة من القمح بهذه الدار، فصبرة القمح هى الثمن فى الحالتين والدار هى المبيع، أما إذا كان المثلى غير معين كعشرة أرادب من القمح فالثمن مادخلت عليه الباء والآخر هو المبيع، فإذا قلت: بعتك هذه الدار بألف أردب من القمح كان القمح ثمنا والدار مبيعة. وإذا قلت: بعتك ألف أردب من القمح بهذه الدار كان القمح مبيعا والدار ثمنا، وكان العقد سلما، وإن كانا قيميين كان كل منهما مبيعا فيه معنى الشمن، وسمى العقد حينئذ مقايضة، مثل بعتك أرضى بجهة كذا بدارك ببلدة كذا. فكل من الأرض والدار مبيع فيه معنى الثمن، وإن كانا مثليين ليسا من النقد فكذلك الحكم إذا كانا معينين أو غير معينين. مثال ذلك : بعتك هذه الألف من البيض بهذا المقدار من القمح، أو بعتك ألف بيضة بأردب من القمح، فكل من القمح والبيض مبيع فيه معنى الثمن، ويرى الكمال بن الهمام أنه عند تعين كل منهما يكون الثمن مادخل عليه حرف الباء أو حرف على، وعلى ذلك إذا قال: بعتك هذا المقدار من القمح، بهذه الألف من البيض يكون البيض ثمنا والقمح مبيعا، وإن كان أحد البدلين معينا والآخر غير المعين. فإذا قال: بعتك أردبا من القمح بهذه الألف من البيض كان القمح ثمنا والبيض مبيعا إلا إذا كان العقد سلما، فعند ذلك يكون المعين هو الثمن. راجع جامع الفصولين «ج١ ص١٦٤» ورد المحتار «ج٢٥، ٢٧١»، وفتح القدير «ج٥ ص٨٣» والفتاوى الهندية «ج٣ ص١٢».

(٢) راجع باب البيع الفاسد فى كتاب البيع من الهداية وغيرها.

وأما إذا ظهر بعض الثمر ولم يظهر معه البعض الآخر، وكان هذا الثمر مما تتلاحق أفراده فى الظهور، فإنه يصح بيع الجميع، ويكون ما لم يظهر منه، لأن العرف جرى بذلك، وقيل: لايجوز بيعه إلا إذا ظهر كله، وهو ظاهر المذهب، ورجح صاحب الفتح الأول اتباعا للعرف[1].

ثانيا - يشترط لصحته فيه ثلاثة شروط:

(١) أن يكون مقدور التسليم.

(٢) أن يكون معلوما، وعلمه يكون بالإشارة إليه إذا كان فى مجلس العاقدين أو قريبا تمكن الإشارة إليه، وببيان صفاته التى تميزه من غيره إن لم تمكن الإشارة إليه، ويكفى عن هذا كله أن يكون معلوما للمشترى قبل العقد.

والجهالة المفسدة هى الجهالة الفاحشة التى تفضى إلى نزاع كما فى بيع شاة من قطيع، أما **الجهالة اليسيرة** فلا تفسد لأنها ترتفع عند الرؤية ولا تفضى إلى النزاع لثبوت خيار الرؤية عند عدم الرضا، وذلك كما إذا باعه ما فى داره من الحبوب أو ما فى سفطه هذه من التفاح فإن البيع فى هذه الحال صحيح، وللمشترى خيار الرؤية.

(٣) أن تكون معاوضته بغيره مفيدة.

وعلى ذلك فلا يصح بيع طير فى الهواء بعد انفلاته وطيرانه إذا لم يكن من عادته الرجوع، لعدم القدرة على تسليمه، ولا بيع شاة من هذا القطيع لجهالتها، ولابيع كتاب بآخر مثله فى كل شىء لعدم الفائدة، والعقد فى هذه الصورة فاسد لتعلق هذه الشروط بصحة العقد دون انعقاده.

ثالثا - يشترط لنفاذه فيه:

ألا يتعلق به حق لغير عاقديه، فإن تعلق به حق لغيرهما كما لو كان رهنا أو عينا مستأجرة، كان العقد صحيحا موقوفا على إجازة المرتهن أو المستأجر، أو سقوط حقيهما، فإذا أجازه صاحب الحق منهما نفذ، وكذلك إذا سقط حقه، بأن استوفى المرتهن دينه أو برئ المدين منه، أو مضت مدة الإجارة أو انفسخت

---

(١) راجع البداية والفتح ج٦ ص٤ ١١ ومابعدها.

(بالنسبة للمستأجر) . فإن لم يوجد شيء من ذلك لم يكن للمرتهن ولا للمستأجر ولا للبائع راهنا أو مؤجرا فسخه، وإنما يجوز للمشترى فى هذه الحال عند الطرفين أن يفسخه، سواء أأقدم على الشراء وهو عالم بالرهن والإجارة أم أقدم عليه وهو غير عالم بهما. وقال أبو يوسف: إن أقدم وهو عالم لم يكن له حق الفسخ، ووجب أن ينتظر حتى تنتهى مدة الإجارة أو يقضى الدين، وإلا كان له الحق فى أن يفسخ، ومن هذا يتبين أن هذا الشرط يتعلق بنفاذ العقد[1].

خيار التعيين: ذكرنا أنه يشترط فى المبيع أن يكون معلوما، وأن بيع المجهول جهالة تفضى إلى نزاع فاسد، كأن يبيع إنسان شاة غير معينة من قطيعه، وإلى هذا ذهب أحمد بن حنبل والشافعى وزفر، قل القطيع أو كثر، لأنه بيع يؤدى إلى الغرر.

وذهب الحنفية إلى أن بيع واحد من اثنين أو ثلاثة صحيح استحسانا، لمساس الحاجة إليه وجريان العرف به، دون أن يؤدى إلى منازعة، فإن من الناس من لايغشى الأسواق ويحتاج إلى أن تنقل السلع ليختار منها مايرغب فيه، وقد لايرضى البائع بذلك إلا إذا وثق من بيع سلعة من سلعه، فجاز لذلك أن يكون المبيع سلعة من سلع تنقل إلى المشترى أو إلى من يرى المشترى أخذ رأيه لكى يختار من بينها، وفى الثلاثة سداد لتلك الحاجة، إذ يمكن فيها الجيد والوسط والردىء. فوجب عدم تجاوزها، وجاز لذلك أن يشترى الإنسان واحدا من اثنين أو ثلاثة، على أن يكون له الحق فى تعيينه، واغتفر مافى هذا من جهالة لأنها لاتؤدى إلى منازعة، وهذا مايسمى بخيار التعيين، ومن ذلك يتبين أنه لايثبت إلا بالشرط.

شروطه: إذ اقترن عقد البيع بهذا الخيار لم يكن صحيحا إلا بتوافر ثلاثة شروط:

الأول ـ أن يكون المبيع واحدا من ثلاثة أو اثنين، كأن يشترى شخص ثوبا من هذه الأثواب الثلاثة على أن يكون له اختيار أحدها. فإذا اشترى ثوبا من أربعة على أن يكون له اختيار أحدها، كان العقد فاسدا للجهالة.

الثانى ـ أن تتفاوت هذه الأعيان الثلاثة التى سيكون منها الاختيار فى

---

(١) فتح القدير ج٥ ص١٨٥، والهندية ج٣ ص١١٠.

أوصافها وأن يبين ثمن كل عين منها، حتى يكون للتخيير بينها فائدة، وحتى إذا اختار المشترى إحداهما كان على بينة من ثمنها، لأنها أصبحت المبيعة، فإذا تساوت الأعيان الثلاث فى الأوصاف والمزايا فسد البيع، لاقترانه بشرط لا حاجة إليه، وهو أن له أن يختار عينا منها، ولذا لم يصح اشتراطه فى مثلى من نوع واحد [1]، وإذا لم يبين ثمن كل عين منها فسد أيضا لما فى ذلك من جهالة تفضى إلى المنازعة.

الثالث - أن يوقت هذا الخيار بمدة معلومة، وألا تتجاوز هذه المدة ثلاثة أيام، عند الإمام خلافا لصاحبيه، وذلك لشبهه بخيار الشرط عندهم، وذهب بعض العلماء إلى عدم اشتراط توقيته لثبوت أثر العقد معه فى عين غير معينة للمشترى تعيينها، وليس للتوقيت مع ذلك فائدة، لأن الوقت إذا مضى لم يترتب على مضيه تعيين المبيع، ويبقى الحال بعده على ماكان عليه من قبل، ولا يقال: لماذا لاتكون فائدة التوقيت أن يجبر المشترى عند انتهاء الوقت على التعيين ؟ ذلك لأنه لا وسيلة إلى حمله على ذلك إذا ما طلب منه فامتنع [2]. وهذا بخلاف خيار الشرط فإن فائدة التوقيت فيه ظاهرة.

الرابع - أن يشترط معه خيار الشرط. مثال ذلك أن يقول البائع مثلا: بعتك أحد هذين الثوبين على أن تختار أيهما شئت وعلى أنك بالخيار ثلاثة أيام، وثمن هذا الثوب كذا وثمن الثوب الآخر كذا، فإذا قبل المشترى كان له أن يختار أحد الثوبين بمقتضى خيار التعين، وإذا اختاره قبل مضى ثلاثة أيام من وقت العقد كان له فيه خيار الشرط إلى انتهاء الأيام الثلاثة، فإن شاء أمضى البيع فيها، وإن شاء فسخ فرد الثوبين جميعا. وذلك مقتضى خيار الشرط. فإن مضى على العقد ثلاثة أيام ولم يعين أحدهما انتهى خيار الشرط ووجب عليه أن يعين المبيع، وليس له ردهما جميعا. وهذا ما جاء فى الجامع الصغير وصححه بعض العلماء، وعلى هذا القول لايحتاج إلى اشتراط التوقيت فى خيار التعين، لأن توقيت خيار الشرط مغن عنه.

وجاء فى الجامع الكبير والمبسوط أنه ليس من اللازم اشتراط خيار الشرط مع

---

(١) قد تدعو الحاجة إلى نقل عدد من مثلى إلى حيث يختار المبيع منه ويكون الثمن واحدا، وفى ذلك عرف جار، فكيف يعد مثل هذا البيع فاسدا وليس فيه اى ضرر ولا أى غرر؟ وإذا جاز فى متفاوت فكيف لايجوز فى مثلى؟ ذلك محل نظر.

(٢) أقول: قد تكون فائدة التوقيت: إعطاء البائع الحق فى مطالبة المشترى قضاء برد ما لم يختره إذا كان المشترى قد تسلم.

خيار التعـيين، وصححه كثير من العلمـاء، وقال الكمال: إنه الأصح، وعلى هذا يشتـرط فيه التوقـيت منعا للإضرار بالبـائع، قال الكمال: وعلى هذا إذا اشـترط للمشـترى معـه خيار الشرط كـان له حق التعيين عند انتـهاء خيـار الشرط بلزوم العقد، وكان له ذلك الحق فى ثلاثة أيام من ذلك الوقت، فإذا اشترى شخص أحد هذين الكتابين على أن له تعيين أحدهما، وعلى أنه بالخيار ثلاثة أيام فأمضى البيع بعد يوم أو يومين، أو مـضت الثلاثة دون أى بيـان. كان له حق تعـيين المبيع من الوقت الذى صار فـيه العقد لازمـا بسقوط خيـار الشرط ويكون له ذلك فى ثلاثة أيام من ذلك الوقت.

لمن يثبت وفيم يثبت؟ ويثبت خيار التعيين للمشترى كما تقدم، واختلف فى ثبوته للبائع، فقيل لايثبت، ورجحه صاحب الفتح، لعدم الحاجة الماسة إلى ذلك، وقيل يثبت له أيضـا، وبه قال الكرخى، لأنه قد يحتاج البـائع إليه إذا باع قبل أن يرى، فيبيع أحد الكتابين لشخص على أن له أن يعين أحدهما مبيعا.

ويثبت فى عقد البـيع، وفيما يئول إلى أن يكون بيعا كالهـبة بشرط العوض فإنها بيع انتهاء، وكالصلح على عين، فإنه يعتبر بيعا لتلك العين.

أثره فى العقد: إذا كان للمشترى خيار التعيين لم يمنع ثبوت ذلك الخيار، أن يتملك بالعقد عينا غير معينة من الأعـيان الثلاثة مثلا، وبمقتضى ذلك الخيار يملك أن يعينها، ويرى الكرخى أن هذه الملكية غير لازمة، وأن العقد فى هذه الحال غير لازم، فله أن يفســخه فـلا يختار شـيئـا، لأنه يرى أن خيار التـعيين بمنزلة خـيار الشـرط. وعلى ذلك فلا يصح أن يشـترط مـعه خـيار الشـرط؛ لأنه لايدخل إلا العقود اللازمة كما قدمنا حتى يكون مفيدا، ولكن جاء فى كتب ظاهر الرواية: أن اشتراط خيار الشرط معه صحيح، وذلك دليل على أن قول الكرخى يخالف ظاهر الرواية وأن ظاهر الرواية أن عـقد البيع مع ثـبوت خيـار التعيين فـيه عـقد لازم، ويجب على من ثبت له الخـيـار فيـه أن يخـتار عـينا من الأعـيان الثـلاث أو من العينين. ولا يملك فسخ البيع ورد الجميع إلا إذا كان قد اشترط لنفسه خيار الشرط فيرد الجمـيع حينئذ بمقتضاه، فلو لم يرد حينئـذ حتى توفى لم يكن لوارثه الشرط كما تقدم لأنه لاينتقل إلى الوارث، وإنما يكون له خيار التعيين فقط نتيجة لاختلاط مـاله الموروث له بمال غيـره، فكان عليـه أن يخـتار تمـيـيـزا لملكه وليس له أن يرد الجميع، وهذا مايريده بعض الفقهاء بقولهم: إن خيار التعيين يورث.

ماينتهى به: وينتهى هذا الخيار باختيار عين مما خير فيه. وقد يكون ذلك الاختيار صريحا كما إذا قال: اخترت هذه العين أو مافى معناه، وقد يكون دلالة كما إذا تصرف فى عين مما خير فيه تصرفا لايكون إلا من مالك. كأن يكون ثوبا فيخيطه أو طعاما فيأكله أو يبيعه، وكذلك ينتهى بهلاك عين مما خير فيه عند المشترى، ذلك لأن المشترى إذا قبض جميع الأعيان ليختار منها كانت يده على غير ماتملك بالعقد يد أمانة، وعليه أن يرده إلى مالكه، فإذا هلكت عين منها استحال ردها لهلاكها، فتعين لذلك أن تكون مبيعا، ووجب عليه رد ماعداها على أنه أمانة[1].

خيار فوات الوصف : إذا اشترط المشترى فى المبيع صفة مرغوبا فيها فظهر له بعد أن تم العقد أن المبيع خال منها كان له الخيار، فإن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المبيع بكل الثمن دون نقص منه نظير مافات من وصف ، وذلك كما إذا اشترى كتابا على أنه مطبوع فى المطبعة الأميرية فظهر أنه مطبوع فى مطبعة أخرى لاتعنى بالضبط، فإن حدث مايمنع الرد كما إذا تعيب الكتاب فى يده فإنه يقوم مع الوصف المرغوب فيه ثم يقوم بدونه وتنسب القيمتان إحداهما إلى الأخرى، وعلى أساس هذه النسبة يرجع المشترى على البائع فإن كانت قيمته بدون الوصف ثلاثة أرباع قيمته مع الوصف رجع بربع الثمن وهكذا، ويبطل هذا الخيار بتصرف المشترى فى المبيع تصرف الملاك[2]، ويثبت للوارث، لأنه فى معنى خيار العيب.

خيار تفريق الصفقة: إذا استحق بعض المبيع قبل قبضه كله بطل البيع فى القدر المستحق، وكان للمشترى الخيار فى الباقى، إن شاء أخذه بحصته من الثمن[3] وإن شاء فسخ العقد فيه لتفريق الصفقة عليه، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون هذا الاستحقاق قد ترتب عليه عيب فى الباقى أو لا[4] أما إذا استحق بعد قبضه

---

(١) إذا هلك الجميع معا لزمه نصف ثمن كل منهما إن كانا عينين لعدم استطاعة تعيين الأمانة منهما فيجب عليه للبائع نصف ثمن الاثنين، فإن كان التخيير فى ثلاثة، وقد هلكت معا كان عليه للبائع ثلث ثمنها جميعا وضاع على البائع الثلثان بحكم الأمانة.

(٢) وعند ذلك يمتنع على المشترى أن يرجع بالنقصان لرضاه بالمبيع دلالة كما هو ظاهر.

(٣) لبيان معرفة حصته تتبع الطريقة التى شرحت آنفا فى خيار فوات الوصف. راجع رد المحتار «ج٤ ص١٠٠».

(٤) ومثل ذلك فى الحكم ما إذا هلك بعض المبيع قبل قبضه سواء أكان الهلاك بآفة سماوية، أو بفعل المبيع أو بفعل البائع فإن كان ذلك بفعل أجنبى كان له إمضاء البيع فى كل المبيع والرجوع على الأجنبى أو الفسخ. رد المحتار «ج٤ ص٥١».

كله فإن البيع يبطل أيضا فى القدر المستحق ثم ينظر إلى الباقى منه، فإن أورث هذا الاستحقاق عيب فيه كان للمشترى الخيار السابق، وإن لم يورث فيه عيب لم يكن له خيار لتمام الصفقة فيه، ووجب علـيه أن يأخذه بحصته من الثمن، كما إذا كان المبيع ثوبين فاستحق أحـدهما بعد قبضهما أو مقدارا من الحبـوب، فاستحق بعضه بعد تسلمه جميعه، فإن المشترى يلزمه أخذ الباقى بحصته من الثمن.

تقدير المبيع والخطأ: ذكرنا أن المبيع قد يعلم بالإشارة إليه عند البيع إن أمكن ذلك، وقد يعلم بوصفه وصـفا يتميز به من غيـره، وعلى هذا الأساس يباع، وقد يقتـصر فى التعريف به على ذلك فـلا يقدر، وقد يقدره البـائع مع ذلك، فإذا لم يقدره لم يتـصور بعـد ذلك وجود خطأ فى تقـديره، كأن يبيـع شخص هذه الدار بكذا، أو الأرض التى تحد بكيت وكيت بكـذا، أو هذه الصبرة من القمح بكذا أو هذا الثـوب من القمـاش بكذا، أو هذا القطيع من البـقـر أو الغنم بكذا. أو هذا المقدار من السمك أو من العنب بكذا، وما أشـبه ذلك، وفى كل هذه الصور البيع صحيح على أية حال كـان مقدار المبيع، وليس للمشتـرى أن يقول ظننت أن المبيع يبلغ كيت وكيت فوجدته أقل من ذلك، لأنه ظنه لنفـسه، وخطؤه فيه واقع عليه. مادام ثمن المبيع كله قد بين جملة واحدة.

فإن بين ثمنه بذكـر ثمن الواحد منه فـقط . كأن يبيع هذه الأرض كل مـتر مربع منها بجنيـه، أو هذه الصبرة من البر كل أردب منها بجنيـهين أو هذا المقدار من البيض أو من المـانجو كل بيضـة بكذا أو كل منجاة بكذا، فإن الـبيع يصح فى الواحد فقط عـند أبى حنيفة، ولا يصح فيـما عداه لجهالة كل من الثـمن والمبيع، ولكن إذا عـرف مقدار المبـيع فى المجلس ارتفع الفـساد وصح البـيع فيـه، وكان للمشـترى الخيار عند ذلك، فـقد لايستطيع دفع الثـمن جميعـه، وقد لايكون به حاجة إلى المبـيع، وذهب الصاحبان إلى أن البيع صـحيح لازم فى كل المبيع؛ لأن الجهالة القائمة غير مفضية إلى النزاع، لإمكان رفعها.

وإذا قدر المبيع فى عقد البيع، فتحت ذلك صورتان : **الأولى** ـ أن يبين ثمنه بذكر ثمن الواحد منه. **الثانية** ـ أن يبين ثمنه كله جملة واحدة.

ففى الحال الأولى - إذا ظهر المبيع كما قدر صح البيع ولزم، كأن يبيع شخص لآخر هذه القطعة من الأرض على أنها ألف متر مربع كل متر بجنيه فتوجد كذلك. وإذا ظهر المبيع ناقصا عما قدر به، فوجدت الأرض فى المثال السابق أقل من ألف متر اعتبر ذلك النقص عيبا فيه، لأن المشترى قد لايكون راغبا فيه إلا على أساس مابين له من قدر، وإذن يكون مخيرا بين أن يأخذ المبيع بحصته من الثمن، وأن يترك ويفسخ البيع، لافرق بين مبيع يضره التبعيض ومبيع لايضره ذلك، ولابين مبيع تتفاوت آحاده ومبيع لاتتفاوت.

وإذا ظهر المبيع زائدا عما قدر به، فإن كان متفاوت الآحاد فى القيمة فسد البيع، لإفضاء ذلك إلى النزاع، ومثاله أن يبيع شخص لآخر هذا القطيع من الغنم على أنه مائة شاة كل شاة بثلاثة جنيهات، فيظهر أنه مائة شاة وشاة أو أكثر، فإن المشترى فى هذه الحال إذا رد الزائد عمد إلى الأقل قيمة فأراد رده إلى البائع، والبائع لايرضى إلا أن يستبقى له الأكثر قيمة، وذلك ما يفسد به البيع لجهالة المبيع عند ذلك جهالة تؤدى إلى النزاع، وإن كان المبيع غير متفاوت الآحاد ولايضره التبعيض برد الزائد إلى البائع، مثاله أن يبيع شخص لآخر هذه الصبرة من البر على أنها مائة أردب كل أردب بجنيهين فيظهر أنها أكثر من مائة أردب، فعند ذلك يرد الزائد إلى البائع ويأخذ المشترى منها مائة بثمنها، وإن ضره التبعيض خير المشترى بين فسخ البيع وبين أخذ المبيع جميعه بما يخصه من الثمن، مثاله، أن يبيع شخص هذه الأرض على أنها ألف متر مربع، كل متر بجنيه فيظهر أنها ألف متر ومتران، فإن شاء المشترى أخذها بألف جنيه وجنيهين وإن شاء فسخ لفوات الوصف الذى تم عليه العقد وهى أنها ألف متر فقط.

وفى الحالة الثانية - إذا ظهر المبيع كما قدر أو ظهر زائدا، فالحكم كما ذكرنا فى الحالة الأولى إلا فى حالة واحدة، وهى زيادة المبيع الذى تتماثل آحاده ويضره التبعيض، فإن المشترى هنا لايخير ولكن يأخذ المبيع الزائد بنفس الثمن المسمى دون زيادة، ولا يلتفت لاعتراض البائع، لأن القدر حينئذ وصف لايقابله شىء من الثمن، وعلى ذلك يكون الحكم فى المسائل الآتية كما يأتى:

(ا) إذا باع شخص لآخر هذا الفص من الماس على أنه خمسة قراريط بكذا، فوجده كذلك لزم البيع.

(ب) إذا باع شخص هذا القطيع من البقر على أنه مائة بقرة بألف جنيه فوجده مائة وبقرة فسد البيع.

(جـ) إذا باع شخص هذا الدن من الزيت على أنه مائة أقة بعشرين جنيها، فوجده مائة أقة وخمسا رد إلى البائع خمس أقات منه.

وفى هذه المسائل الثلاث، نجد أن الحكم فيها لايختلف إذا ما عدل عن بيان ثمن الجملة إلى بيان ثمن الواحد.

(د) إذا باع شخص هذه الأرض على أنها ألف متر مربع بألف جنيه، فوجدت ألف متر ومترين، أخذها المشترى بألف جنيه، وليس للبائع أن يعترض. وهذه حالة الاختلاف التى أشرنا إليها. فإن هذه الأرض تؤخذ فى الحال بألف وجنيهين.

وإذا ظهر المبيع ناقصا عما قدر به، فإن كانت آحاده متفاوتة القيمة، فسد البيع كأن يبيع شخص هذا القطيع من الغنم على أنه مائة شاة بثلاثمائة جنيه، فيظهر أنه ٩٥ شاة، إذ لايمكن حينئذ نقص الثمن على حساب هذا النقص من العدد، لتفاوت الآحاد قيمة، فيكون الثمن مجهولا، وإذا جهل الثمن فسد البيع، ولا يتأتى أن يجعل الثمن المذكور فى العقد ثمنا لما وجد من المبيع لظهوره ناقصا فى الكمية، لأن مانقص مقابل ببعض الثمن [١].

وإن كان غير متفاوت الآحاد وكان لايضره التبيعض خير المشترى بين فسخ العقد وبين أن يأخذ الموجود بحصته من الثمن، لإمكان قسمة الثمن حينئذ على جملة الآحاد لعدم تفاوتها قيمة، وذلك كأن يبيع شخص هذا الدن من الزيت على أنه مائة أقة بعشرين جنيها، فيظهر أنه ثمانون فقط، فإن المشترى يخير بين فسخ العقد وأن يأخذ الثمانين بستة عشر جنيها «حصتها من الثمن» [٢].

وإن كان ممايضره التبعيض خير المشترى فإن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ الموجود بكل الثمن، كما إذا باع شخص لآخر هذا الثوب من الجوخ على أنه

(١) وبذلك اختلف هذا الحكم عنه فى الحال الأولى: لأنه أمكن فيها - وقد جعل الثمن لكل وحدة - أن يؤخذ ماوجد بثمن كل وحدة مكرر بعدد الموجود إن أراد المشترى.
(٢) وجعل للمشترى الخيار بسبب ماوجد من نقص فى المبيع وهو عيب فى نظره.

عشرة أمتار بعشرة جنيهات فوجده تسعة أمتار، فإن المشترى يخير بين أن يأخذ التسعة بعشرة جنيهات، وبين أن يفسخ البيع، لأن نقص المبيع عيب، والفرق بين هذه وما قبلها أن القدر فيما يضره التبعيض يعتبر وصفا، فلا يقابله شىء من الثمن، وفيما لايضره التبعيض يعتبر أصلا فينقسم الثمن على أجزائه.

معاوضة المثلى بالمثلى: غير أنه يجب مع ماتقدم عند بيع المكيلات بمكيل أو الموزونات بموزون عدم التفاوت فى البدلين مادام من جنس واحد، كبيع البر بالبر، والشعيربالشعير والتمر بالتمر، والأرز بالأرز، والذهب بالذهب، والفضة بالفضة، ولا ينظر فى ذلك إلى اختلافه فى الجودة والأوصاف، ولا إلى مايكون فى أحدهما من صنعة وذلك تجنبا لربا الفضل [1]، لأنه حرام، وعليه لايصح بيع أردب من القمح بأردب وربع من قمح اخر، ولا بيع مصاغ من الذهب بأكثر منه وزنا من النقود الذهبية وهكذا، ثم لابد مع هذا من تقايض البدلين فى مجلس العقد تجنبا لربا النساء كذلك، وهو ربا التأجيل. غير أن البدلين إذا كانا نقدين وجب أن يكون التقابض فى المجلس يدا بيد، وإن كانا مكيلين أو موزونين اكتفى بتعيين البدلين تعيينا شخصيا فى المجلس وإن لم يتم فيه تقايض.

فإذا اختلف البدلان جنسا كأن يباع القمح بالأرز والذهب بالفضة لم يلزم تساويهما مقدارا ولزم التقابض فى المجلس على المعنى الذى ذكرناه، وذلك لقوله ﷺ «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل، سواء بسواء، يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد» [2].

عقد الصرف: وبيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة، وكذلك بيع أحدهما بالآخر يسمى صرفا، ولابد فيه كما علمت من التقابض فى المجلس، اتحد الجنس أو اختلف، وعند الاتحاد يجب مع التقابض التساوى وزنا، ولا اعتبار بالصنعة فيهما، خلافا لغيرهما من الموزونات، إذ تعتبر الصنعة فيها إذا أخرجها العرف من

---

(١) ربا الفضل هو فضل مال لايقابله عوض فى معاوضة مالية.

(٢) ومن الحديث يتبين أن المعدود والمزروع ليسا من الأموال الربوية التى يشترط فيها التساوى فى العوضين عند اتحاد الجنس، ولا التقابض فى المجلس إذ لم يرد لها ذكر فى الحديث، راجع فتح القدير «ج٥ ص٢٧٤».

الموزونات بسبب وجودها، فإذا بيع إناء من نحاس بنقود نحاسية صح البيع مع وجود التفاضل، إذا كان أساس بيع هذا الإناء عدم الوزن فى العرف.

مايدخل فى البيع تبعا: يدخل فى البيع تبعا للمبيع بدون حاجة إلى ذكره فى العقد ما يأتى:

(١) كل ماجرى العرف بدخوله مع المبيع بدون ذكره، فإذا بيعت الدار دخل علوها ومصاريع أبوابها ومفاتيح حجراتها، وإذا بيع قفل دخل فى البيع مفتاحه، وإذا بيعت سيارة شمل البيع مافيها من الكاوتشوك.

(٢) كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار - وذلك بأن يوضع فيه على ألا يفصل منه - كالبناء والشجر عند بيع الأرض، والأقفال المثبتة فى الأبواب، والرفوف المثبتة فى الجدر والدواليب المستقرة فيها، والأسلاك الكهربائية وأنابيب الماء عند بيع الدار.

وأما ماعدا القسمين السابقين فإنه إذا كان حقا من حقوق المبيع كالطريق الخاص والمسيل الخاص فإنه يدخل فى البيع إذا بيع المبيع بكل حقوقه أو بكل مرافقه أو توابعه، وإلا لم يدخل إلا إذا نص عليه فى العقد صراحة.

وإن لم يكن حقا من حقوق المبيع، لم يشمله العقد إلا بالنص عليه فيه صراحة، وعلى ذلك فلا يدخل الزرع عند بيع الأرض ولا الثمر عند بيع الشجر ولا البذر عند بيع الأرض إذا وضع فيها ولم ينبت إلا بالنص على ذلك فى العقد. فإذا نبت البذر ولما يصر له قيمة اختلف الرأى فيه، فقيل يدخل تبعا بلا نص لأنه لاقيمة له وقيل لايدخل لأنه صار زرعا.

تلف التابع للمبيع: وكل مايدخل فى البيع تبعا بدون النص عليه عند التعاقد إذا تلف قبل التسليم لا يترتب على تلفه نقص الثمن لأنه تابع، وإنما يخير المشترى بين الفسخ والأخذ بكل الثمن، لاعتبار ذلك عيبا لحق المبيع قبل تسليمه. وأما ماعداه فجزء من المبيع، حكمه إذا تلف حكم بعض المبيع إذا تلف.

زيادة المبيع عند البائع وهلاكها: إذا نما المبيع بعد العقد وقبل التسليم كان نماؤه للمشترى لأنه نماء ملكه، فإذا اشترى شجرا فأثمر كان الثمر له وكان فى يد

البائع أمانة، فإن هلك بلا تعد كأن أصابته آفة فأتلفته لم يضمن البائع ولم يكن للمشترى خيار. وإن تعدى عليه البائع فأتلفه كان له حصة من الثمن، وتقدر بقسمة الثمن قسمة تناسبية يراعى فيها نسبة قيمة الثمرة عند استهلاكها إلى قيمة الأصل عند شرائه، ولاخيار للمشترى فى هذه الحال عند الإمام، وقال الصاحبان: له الخيار بين أن يأخذ الأصل بحصته من الثمن كما بينا وبين أن يفسخ البيع؛ لأن البائع بتعديه على الثمرة بإتلافها يعتبر أنه قد أحدث بالمبيع عيبا يجعل للمشترى حق الفسخ[1].

هلاك المبيع فى يد البائع: يعتبر المبيع قبل تسليمه للمشترى فى ضمان البائع، فإذا هلك فى يده هلك عليه من ماله، ما لم يكن ذلك بتعد من المشترى، فإن المشترى يعتبر بذلك متسلما له.

وبناء على ذلك إذا هلك بعض المبيع فى يد البائع قبل تسليمه إلى المشترى بطل فيه البيع، سواء أكان ذلك بتعد من البائع أم بآفة سماوية، وكان للمشترى الخيار فى فسخ البيع وفى أخذ الباقى بحصته من الثمن [2]، ومثل ذلك فى الحكم ما إذا استحق.

وإن كان هلاك البعض بفعل المشترى كان ضمانه عليه واعتبر متسلما له وليس له فى هذه الحال أن يفسخ البيع.

وإن كان بفعل أجنبى كان للمشترى الخيار بين أن يمضى البيع ويضمن المتعدى قيمة ما أتلف وبين أن يفسخ البيع لحدوث العيب فى يد البائع.

وإذا هلك المبيع كله فى يده قبل تسليمه بطل البيع إذا كان الهلاك بآفة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل المبيع نفسه، ويجب على البائع فى هذه الحال أن يرد الثمن إلى المشترى إن كان قد قبضه، وإن هلك بفعل المشترى اعتبر ذلك تسلما، وسلم الثمن للبائع. وإن هلك بفعل أجنبى خير المشترى بين فسخ البيع واسترداد الثمن إن كان قد أداه وبين إمضاء البيع والرجوع على الأجنبى بقيمته وقت تعديه [3].

---

(١) راجع الفتاوى الهندية «ج٣ ص٣٥».

(٢) الهندية «ج٣ ص٢٤، ٢٥، ٢٧».

(٣) رد المحتار «ج٤ ص٤٧».

تصرف المشترى فى المبيع قبل قبضه: إذا كان المبيع منقولا لم يجز للمشترى أن يتصرف فيه بالبيع أو بالإجارة قبل أن يقبضه إذ من الجائز أن يتلف قبل تسليمه فيبطل لذلك البيع ويؤدى ذلك إلى الغرر بالمشترى الجديد أو المستأجر، ولكن يجوز له أن يهبه أو يقرضه أو يرهنه لغير البائع [١] عند محمد وهو الأصح خلافا لأبى يوسف، ويقوم قبض الموهوب له أو المقترض أو المرتهن حينئذ مقام قبض المشترى[٢]. وإذا كان عقار جاز له أن يتصرف فيه بالبيع والهبة قبل التسليم[٣] لأن هلاك العقار غير محتمل، وهذا عند الشيخين. وقال محمد: لايصح التصرف فيه أيضا بالبيع دون الهبة قبل تسليمه، وهو رأى الشافعى ومالك : لورود الحديث بالنهى عن ذلك من غير تقييد بعقار أو منقول وهو قوله ﷺ لحكيم بن حزام «إذا اشتريت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه» والآخرون يقيدونه بالمنقول لورود النص عليه فى أحاديث أخرى فى نفس الموضوع.

الزيادة فى المبيع: للبائع أن يزيد فى المبيع بعد تمام البيع ولو كانت هذه الزيادة بعد تلف المبيع، ولاتلزم إلا إذا قبلها المشترى فى مجلس الزيادة وعندئذ تلتحق بأصل العقد فيكون لها حصة من الثمن تقابلها [٤].

الثمن

التعريف بالثمن وبالقيمة: الثمن ماتراضى عليه المتبايعان ليكون ثمنا للمبيع فى عقد البيع، وهو خلاف القيمة، إذ إنها مايقوم به المبيع فى السوق أو مايوزن به مافى المبيع من مالية، وقد يزيد عنها الثمن، وقد يساويها وقد ينقص عنها؛ لأن مقداره يزيد وينقص حسب مايتراضى عليه المتبايعان.

---

(١) إذا باعه لبائعه أو وهبه لم يصح، وإذا رهنه له فسخ البيع. هندية «ج٣ ص١٣» وراجع الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه «ج٣ ص١٨٣» وتقرير الرافعى «ج٢ ص١٥٧».

(٢) كل تصرف يجوز بغير قبض إذا باشره المشترى فى المبيع المنقول قبل قبضه لايصح، وكل تصرف لايتم إلا بالقبض إذا باشره المشترى قبل القبض يصح ويكون قبض المتملك قبضا عن المشترى.

(٣) إجارة العقار المبيع قبل قبضه لبائعه أو لغيره لاتجوز عند الكل، كما لايجوز كذلك وقفه قبل قبضه. هندية «ج٣ ص١٣».

(٤) ولاتجوز الزيادة فى المسلم فيه، ويجوز الحط منه لأنه دين. رد المحتار «ج٤ ص١٨٧».

ووجود الثمن شرط فى انعقاد البيع، فلا ينعقد بيع اشترط فيه عدم الثمن.

والعلم به شرط لصحته، فإذا باع بيتا بثمن مجهول كان البيع فاسدا، وكذلك إذا سكت المشترى عن الثمن.

ويكفى فى العلم به الإشارة إليه إذا أمكن أن يشار إليه، بأن كان فى مجلس العقد، فإن لم يكن كان علمه بوصفه وصفا يتبين به مقداره ويتميز به عما عداه، وعلى ذلك فإذا ذكر الثمن بنقود لايعرف قيمتها أحد العاقدين كالدولار مثلا إذا كان مجهولا لأحدهما كان العقد فاسدا، ولكن يرتفع الفساد ببيان قيمته فى المجلس والرضا به فيه.

وكذلك يفسد العقد إذا باع الشيء بقيمته «ولم يبينها» أو بما يريده المشترى أو بما قام عليه به، أو بما اشتراه به أو بمثل مااشترى به فلان، ولكن إذا عرف كل ذلك فى مجلس العقد فرضيه المشترى ارتفع الفساد، وإذا باع بمثل مايبيع الناس جاز إذا كان معروفا لاتفاوت فيه عادة كاللحم والخبز «الفتح ج٥ ص٨٣».

والجهالة المفسدة هى الجهالة الفاحشة، وهى التى تفضى إلى النزاع، أما الجهالة اليسيرة فغير مفسدة، وعلى هذا لو تبايع اثنان عينا بما فى هذه العلبة من النقود صح البيع إذا لم يعرف البائع كم فيها، ويثبت له عند معرفتها الخيار، **ويسمى بخيار الكمية**، فإن شاء أمضى بها، وإن شاء فسخ، ومثل ذلك ما لو اشترى شخص من آخر شيئا بملء هذا الإناء حبوبا، فإن للبائع أيضا الخيار عند رؤية الثمن بعد كيله **ويسمى هذا بخيار كشف الحال**.

تأجيل الثمن وتقسيطه: إذا خلا العقد من ذكر تأجيل الثمن أو تعجيله كان المدار على العرف، فإن قضى بالتأجيل أو بالتنجيم كان الأمر على ما يقضى؛ لأن المعروف عرفا كالمشروط فى العقد، فإن لم يكن عرف اعتبر الثمن معجلا كله، وإذا أجل الثمن فى العقد أو بعده تأجل [1].

ولايصح التأجيل فى العقد إلا إلى زمن معلوم كيوم كذا أو أول سنة كذا، فإذا أجل إلى زمن مجهول جهالة فاحشة أو غير فاحشة، فسد العقد، كما إذا أجل

---

(١) راجع الدر المختار ورد المحتار عليه «ج٤ ص٢٦ ، ١٣٤» والمرجع السابق.

إلى يوم قدوم فلان أو إلى وقت نزول المطر، أو إلى زمن الحصاد. وأما إذا كان التأجيل بعد العقد فإنه يصح إذا كان إلى زمن معلوم أو مجهول جهالة يسيرة، كزمن الحصاد فإذا فحشت الجهالة لم يصح التأجيل كأن يؤجل إلى سنة نزول المطر[1].

وكما يصح تأجيل الثمن يصح تنجيمه، فإذا اشترى الدار بألف جنيه منجمة على عشرة أقساط تدفع فى مواعيد معينة صح الشرط ولزم، وإذا اشترط مع ذلك أن تأخير أى قسط تتعجل به بقية الأقساط صح الاشتراط [2].

وينتهى الأجل بحلول وقته إذا كان معينا كما إذا اشترى بثمن يدفعه فى يوم كذا، ثم جاء ذلك اليوم، فإن كان محدد المدة فقط كبسنة أو شهر، ابتدأت مدته من وقت سقوط الخيار إن كان فى العقد خيار لأحد العاقدين، فإن لم يشرط فيه خيار لأحدهما ابتدأت من وقت العقد إذا لم يمتنع البائع من تسليم المبيع إلى المشترى، فإن امتنع من تسليمه لم تبتدئ إلا من وقت تسليمه [3].

ويحل الأجل بموت المدين وهو المشترى فى جميع الأحوال. ولايجوز للبائع أن يطالب بالثمن قبل حلول أجله، وإذا حل فلم يدفع المشترى الثمن ولم يفسخ البيع، ويستوفى الثمن كما تستوفى سائر الديون.

خيار النقد : وإذا تم عقد البيع على أن المشترى إذا لم يدفع الثمن فى ثلاثة أيام فلا بيع، صح العقد والشرط استحسانا، فإن دفع المشترى الثمن فى المدة لزم البيع. وإن مضت المدة ولم يدفع فسد البيع ولم ينفسخ [4]، وخالف فى ذلك زفر، فقال: إنه شرط يفسد به البيع.

---

(١) إذا كانت جهالة الأجل متقاربة أى يسيرة وقد تضمنها العقد فإنها تفسده، ويرتفع هذا الفساد بإبطال المشترى هذا التأجيل قبل حلول الأجل وقبل نسخ العقد بسبب الفساد، وإذا لم يتضمنها العقد بل جاء هذا التأجيل بعد تمامه لم يفسد به العقد وصح التأجيل. أما الجهالة الفاحشة فتفسد العقد إذا تضمنها ويرتفع الفساد بارتفاعها فى مجلس العقد لابعده. راجع الدر المختار ورد المحتار عليه فى الموضعين السابقين.

(٢) الدر المختار «ج٤ ص٢٦».

(٣) الدر المختار «ج٤ ص٢٨» ومجمع الأنهر «ج٢ ص٨» والهندية «ج٣ ص١٥» وقال الصاحبان: امتناع البائع من التسليم لايؤخر ابتداء الأجل.

(٤) الدر المختار ورد المحتار عليه «ج٤ ص٥٤» والزيلعى وحاشية الشلبى عليه «ج٤ ص١٥».

والتقييد بالأيام الثلاثة رأى الإمام؛ لأنه يجعل هذا الخيار كخيار الشرط. وجوزه محمد إلى أية مدة يتفقان عليها [1] دون أبى يوسف لأنه لايقيسه على خيار الشرط كما فى المبسوط.

تصرف البائع فى الثمن قبل قبضه: إذا كان الثمن عينا حاضرة جاز للبائع أن يتصرف فيه قبل قبضه، وعندئذ يعد تصرفه فيه قبضا له، فإذا باع دابة بهذه القناطير من القطن جاز له بعد تمام البيع أن يتصرف فى القطن بالبيع والهبة ونحوهما وإن لم يتسلمه، وإن كان الثمن دينا فى الذمة لم يجز للبائع أن يتصرف ه إلا بالإبراء أو التمليك للمشترى وهو المدين؛ لأن تمليك الدين لغير من عليه دين غير جائز عند الحنفية، إلا إذا كان بالوصية له أو كان بعد توكيله إياه أولا بضه، أما تمليكه للمدين بأى عقد فيجوز، وإذن يصح أنه يهبه له أو أن يشترى ه شيئا منه [2].

الزيادة فى الثمن والحط منه: للمشترى أن يزيد فى الثمن، ولو من غير جنسه فتلتحق هذه الزيادة بالعقد، ويشترط فى لزومها بقاء المبيع وقبول البائع لها فى مجلسها، وعند ئذ يكون الثمن مجموع الأصل والزيادة، وكذلك له أن يحط من الثمن وأن يتنازل عنه جميعه، (وقد علمت أن حط بعضه يظهر فى حق الشفيع، وأن التنازل عنه كله لايظهر فى حقه) [3].

حبس المبيع لقبض الثمن: إذا اتفق المتبايعان على تأجيل الثمن كله فى العقد أو بعده لم يكن للبائع أن يحبس المبيع عن المشترى إلى أن يستوفى الثمن، بل يجب عليه تسليمه إلى المشترى بمجرد تمام العقد، وكذلك إذا بقى فى يده إلى أن حل الأجل لم يكن له حق حبسه لأن رضاه بالتأجيل يعد تنازلا عن حق حبسه.

وإذا كان الثمن حالا كله أو بعضه كان للبائع أن يحبس المبيع عن المشترى

---

(١) من المسائل التى تشبه هذه المسألة أن يتم البيع بين المتبايعين على أن البائع إذا رد الثمن فى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، وفى هذه الحال يكون الخيار للبائع فإن شاء لم يرد الثمن ويلزم البيع بذلك وإن شاء رده وعند ذلك يفسد البيع. وقد ذهب بعض العلماء إلى القول بصحة ذلك لأنه فى معنى خيار الشرط للبائع، ولكن هذه الصورة من أفراد بيع الوفاء، وهذا الحكم هو أحد الأقوال فى بيع الوفاء.
وستعلم أن أصحها هو القول بأن المنعقد به مع التسليم رهن، وعلى هذا القول لايكون البيع على هذا الوجه صحيحا بل فاسدا.

(٢) الدر المختار ج٤ ص١٨٥.

(٣) الدر المختار ج٤ ص١٨٦.

حتى يتسلم الحال من الثمن [1] مادام لم يسلمه إلى المشترى، فإذا سلمه إليه سقط حقه فى حبسه فلا يسترده بعد ذلك ليحبسه حتى يؤدى إليه الثمن، ويجب أن يلاحظ أن حق البائع فى الحبس لايمنعه من مطالبة المشترى بأن يؤدى إليه الحال من الثمن، فإذا امتنع من أدائه كان له أن يسلك إلى استيفائه الطريق الذى شرحناه فيما سبق عند كلامنا على نزاع الملك لسداد الدين . وهاك بعض الأمثلة: *

إذا باع رجل منزلا لآخر بألف جنيه منها مائة حالة كان له أن يحبس المنزل حتى يقبض المائة الحالة، وليس له أن يحبسه إلى أن يقبض الباقى المؤجل، وهذا إذا لم يكن قد سلمه إلى المشترى، فإن سلمه إليه فقد سقط حقه فى الحبس [2].

وإذا تعدد المبيع فى صفقة واحدة، جاز له حبسه كله حتى يقبض الحال من ثمن الجميع لافرق فى ذلك بين حالة بين فيها ثمن كل مبيع، وحالة جعل فيها الثمن للجميع دفعة واحدة، فإذا باع إنسان دارا وسيارة وحديقة صفقة واحدة بثلاثة آلاف جنيه حالة منها خمسمائة للسيارة وألف للحديقة والباقى للدار، ودفع من ذلك كله ألفى جنيه كان للبائع حبس الدار والحديقة والسيارة حتى يقض الألف الباقية، وقيل: يجب على البائع أن يسلم ما قبض ثمنه [3].

ولايسقط حق البائع فى حبس المبيع إذا أعطاه المشترى رهنا بالثمن أو كفيلا به.

أما الحوالة فإن كانت من البائع على المشترى أسقطت حقه فى الحبس، وإن كانت من المشترى ففى سقوطه بها خلاف، فإذا أحال البائع شخصا بالثمن على المشترى وقيل سقط حقه فى الحبس، ولزم تسليم المبيع فى الحال، ولكن إذا أحال المشترى البائع على آخر بالثمن فلا يسقط حقه فى الحبس عند محمد خلافا لأبى يوسف، ووجه قول محمد: أن حقه فى المطالبة بالثمن لايزال باقيا بعد الحوالة فلا يسقط حقه فى الحبس، ووجه قول أبى يوسف: أن دين البائع قد انتقل بالحوالة إلى شخص آخر غير المشترى هو المحال عليه، وإذن فلا حق له فى حبس ملك المشترى عنه بعد أن أصبح غير مطالب بشىء من البائع [4].

امتياز البائع عن سائر الغرماء: إذا لم يؤد المشترى ثمن المبيع فبيعت جميع أمواله «وفيها المبيع» لسداد ديونه ـ سواء أكان ذلك فى حال حياته أم بعد وفاته ـ ففى ذلك حالتان:

---

(١) راجع البحر «ج٥ ص٣٢١».

(٢) إذا تسلمه المشترى قبل أداء الحال من الثمن من غير إذن البائع كان للبائع أن يسترده ويحبسه.

(٣) رد المحتار «ج٤ ص٤٧» والبدائع «ج٥ ص٢٥٠».

(٤) الهندية «ج٣ ص١٥».

الحال الأولى: أن يكون المبيع محبوسا لدى البائع بالثمن أو ببعضه، ولم يسقط حقه فى حبسه، وفى هذه الحال يتقدم البائع سائر الغرماء بما كان المبيع محبوسا فيه بشرط ألا يتجاوز مابيع به المبيع، فإذا كان محبوسا بالثمن كله أو بجزء معين منه أعطى البائع أولا من ثمن المبيع الثمن كله أو الجزء المعين منه، وإن استنفده، فإن وفى فبها وإلا كان البائع أسوة الغرماء فيما يبقى له بعد ذلك. وهذا لأن حقه قد تعلق بعين المبيع تعلق الدين بالرهن وكان له حق حبسه إلى أن يستوفيه منه فوجبت مراعاة ذلك.

الحال الثانية: أن يكون حق البائع فى حبس المبيع لأجل الثمن قد سقط «إما بتسليمه وإما بتأجيله جميع الثمن»، وفى هذه الحال يكون البائع أسوة الغرماء لايفضلهم، سواء أكان المبيع فى يد البائع أم فى يد المشترى أم فى تركته إلى وقت بيعه، وذلك لأن حقه لم يتعلق بعين المبيع، ولذا لم يكن له حق حبسه، وإذا توفى المشترى فقد توفى عن عين مملوكة له لم يتعلق بعينها حق بائعها، فتكون بين سائر الغرماء ومنهم البائع (١).

---

(١) ذلك ما ذهب إليه الحنفية، وذهب الشافعية إلى أن البائع له حق حبس المبيع حتى يقبض ما اتفق الطرفان على حلوله من الثمن «كله أو بعضه» وإذا ما خاف البائع فوته وله مع الحبس حق المطالبة بالثمن فإذا امتنع المشترى من الأداء أجبر عليه، فإن لم يؤد حتى أفلس أو مات كان للبائع حق فسخ العقد، وبذلك يرجع المبيع إلى ملكه لقوله ﷺ فى خبر أبى هريرة رضى الله عنه «أيما رجل أفلس أو مات فصاحب المتاع أحق بمتاعه». وإن لم يخف فوته أجبره القاضى على التسليم وأجبر المشترى على الأداء إن كان له مال حاضر فى المجلس، فإن لم يكن له مال حاضر فيه وكان له مال غائب دون مسافة القصر حجر عليه القاضى فى جميع أمواله حتى لايتصرف فيها بما يضر البائع، وألزمه مع ذلك بالأداء، فإذا أدى ارتفع الحجر، وقيل لايرتفع إلا إذا رفعه القاضى وإن كان له مال غائب مسافة القصر أو لم يكن له مال حجر عليه القاضى أيضا وكان للبائع عند ذلك فسخ البيع واسترداد المبيع، ولا يغير هذا الحكم أن يموت المشترى فى هذه الحال مفلسا، أما إذا مات وهو ملىء فإن الوارث يجبر على الأداء ولايكون للبائع حق الفسخ (راجع نهاية المحتاج ج٤ص١٠١ ـ ١٠٣، ٣٢٥ وأسنى المطالب ج٢ ص٨٩، ١٩٤، ١٩٥، ومذهب أحمد لايكاد يختلف عن ذلك. راجع كشاف القناع ج٢ ص٧٨، ٢١٠، ٢١٧) وقال ابن رشد فى البداية، إذا حكم بإفلاس المشترى أو مات مفلسا، والمبيع فى يده أو فى تركته ففى ذلك أقوال:

الأول: أن البائع مخير بين فسخ البيع واسترداد الثمن وبين محاصة الغرماء، وبهذا أخذ الشافعى وأحمد وأبو ثور.

الثانى: ينظر إلى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس فإن كانت أقل من الثمن خير البائع بين أخذها «بعد فسخه البيع». وبين محاصة الغرماء، وإن كانت مساوية أو أكثر فسخ واستردها إن أراد، وبه قال مالك وأصحابه. ومعنى ذلك أن له الخيار فى الحالين غير أنه لاينتظر منه اختيار محاصة الغرماء فى الحال الثانية.

الثالث: تقوم السلعة يوم التفليس فإن كانت مساوية للثمن أو أقل قضى بها للبائع، وإن كانت أكثر دفع إليه مقدار ثمنه وضم الباقى إلى مال المفلس ليتحاص فيه الغرماء، وبه قال جماعة من أهل الأثر.

الرابع: البائع أسوة الغرماء فى جميع الأحوال، وبه قال أبوحنيفة .ا. هـ «ج٢ ص٢٣٧» وفى الشرح الكبير للدردير : إذا أفلس المشترى أو مات مفلسا والمبيع لا يزال فى يد البائع فهو أحق به وله فسخ العقد، أما إذا كان فى يد المشترى، فإن حكم بإفلاسه كان كذلك له حق فسخ العقد واسترد المبيع، وإن مات مفلسا لم يكن له فسخ العقد وكان أسوة الغرماء .ا. هـ. «ج٣ ص٢٨٢ ص٢٨٣، ٢٨٤». .

تسلم البدلين فى المبيع: يجب على المشترى أن يبدأ بتسليم الثمن أولا، ثم يتلو ذلك تسليم المبيع، وهذا إذا كان المبيع عرضا حاضرا غير غائب، والثمن نقدا وحالا، وليس للمشترى خيار، وعلة ذلك أن يتعين الثمن بتسليمه كما تعين المبيع بتعيينه فى العقد [1].

فإن كان البدلان من العروض أو من النقود كان تسليمهما فى وقت واحد تحقيقا للتساوى بين البدلين [2].

ومئونة التسليم المتعلقة بالمبيع كأجرة الكيل والوزن والقياس يلزم بها البائع؛ لأن الواجب عليه بمقتضى العقد أن يسلم المبيع إلى المشترى فى مكانه وقت العقد[3] ما لم يشترط عليه المشترى أن يسلمه إليه فى مكان معين، فإن اشترط عليه هذا لزم الشرط، وإن لم يشترط وجب عليه أن يتسلمه حيث هو ، سواء أكان يعلم بمكانه أم لم يعلم، غير أنه إذا لم يكن يعلم بمكانه وقت التعاقد، ثم علم بعد ذلك كان له الخيار فى العقد.

والمؤن المتعلقة بالثمن وتسليمه كعده ووزنه وكتابة سند البيع، وكذلك ماينفق فى حمل المبيع إلى مخازن المشترى أو داره يلزم بها المشترى، لأن عليه أن يؤدى الثمن وأن يتسلم المبيع حيث وقت العقد كما ذكرنا [4].

وتسليم المبيع يكون بأن يخلى البائع بينه وبين المشترى على وجه يتمكن المشترى من قبضه من غير حائل ولا مانع، وذلك يختلف باختلاف حال المبيع [5]، فإن كان دارا فتسليمها يكون بدفع مفتاحها إليه وإن كانت قريبة، وإن كان منقولا فتسليمه يكون بمناولته، أو بإذنه بأن يتناوله، وهكذا، وإن كان مكيلا أو موزونا فتسليمه يكون بذلك، وبكيل المبيع أو وزنه ووضعه فى أوعية المشترى. ولا يتم التسليم إلا إذا كان العقار أو المنقول غير مشغول بملك البائع، فإذا كان دارا مشغولة

---

(١) وإذا شرطا فى العقد فى هذه الحال أن يسلم المبيع قبل تسليم الثمن فالشرط فاسد مفسد للعقد لأنه مخالف لمقتضاه ولأنه يتضمن تأجيلا مجهولا. فتح «ج٥ ص٨٤».

(٢) الدر المختار «ج٤ ص٤٦».

(٣) الهندية «ج٣ ص٢٧».

(٤) الدر المختار ورد المحتار «ج٤ ص٤٦». والهندية «ج٣ ص٢٧، ٢٨».

(٥) راجع رد المحتار «ج٤ ص٤٧» ومابعدها.

بأثاث البائع، أو مكتبة مشغولة بكتبه، فلا يتم التسليم إلا بعد تفريغ الدار والمكتبة، وإن كان المبيع شاغلا فتسليمه يتم بتسليمه مع ظرفه، وعلى الجملة فما يعده العرف تسليما يكون تسليما، وما لايعده تسليما لا يعد تسليما.

وعلى ذلك إذا قبض المشترى المبيع على مرأى من البائع ولم يمنعه عد ذلك تسليما من البائع[1]، سواء أكان قبل قبض الثمن أم بعده، فإن تسلمه المشترى بدون علم من البائع، وكان ذلك قبل أدائه الثمن لم يعتبر ذلك قبضا إلا إذا هلك أو تعيب عنده، وكان للبائع فى هذه الحال أن يسترده لحبسه عنده حتى يقبض الثمن.

احكام البيع

البيع إما باطل، وإما فاسد، وإما صحيح: فيكون باطلا إذا لم تتوافر فيه جميع شروط انعقاده، ويكون فاسدا إذا توافرت فيه شروط الانعقاد، ولم يتوافر فيه جميع شروط صحته، ويكون صحيحا إذا توافرت فيه جميع شروط انعقاده وصحته، وقد بينا هذه الشروط فيما مضى.

حكم البيع الباطل: هذا النوع من البيع لايترتب عليه أى أثر لعدم انعقاده. وإذا قبض المشترى المبيع به ولم يملكه، وإن هلك عنده بلا تعد كان ضامنا له على أصح القولين[2]. وهو قول الصاحبين، وقال الإمام: لاضمان عليه، لأنه قد قبضه بتسليط من بائعه، فيكون فى يده أمانة، ووجه قولهما أن المشترى لم يقبضه نائبا عن مالكه، وإنما قبضه ليكون لنفسه، فلا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء، والمقبوض على سوم الشراء مضمون فيكون ذلك أيضا مضمونا[3].

حكم البيع الفاسد: لايترتب على البيع الفاسد قبل قبض المبيع أى أثر، فليس لأحد العاقدين مطالبة الآخر بإنفاذ هذه المبادلة، وعلى كل منهما أن

---

(1) رد المحتار ج٤ ص٤٧.

(2) وقد روى هذا أيضا عن الإمام.

(3) راجع الهداية وفتح القدير ج٥ ص١٨٧.

يمتنع من تنفيذها، وهذا هو حكم البيع الفاسد فى جميع أحواله عند الشافعى ومن ذهب مذهبه.

أما بعد قبض المبيع فلدينا حالتان:

الحال الأولى: أن يكون المشترى قد قبض المبيع بغير إذن من بائعه، وحكم العقد فى هذه الحال كحكمه قبل القبض، فلا يترتب عليه أى أثر، وتعتبر يد المشترى حينئذ يد ضمان لتعديه بقبض المبيع من غير إذن مالكه، ولا يستوجب عليه البائع بهذا القبض ثمنا، وإذن فعليه أن يسترد ملكه، وعلى المشترى أن يرده إليه، فإن هلك عنده هلك مضمونا عليه بقيمته يوم قبضه.

الحال الثانية: أن يكون المشترى قد قبض بإذن من مالكه[1]، وحكم العقد فى هذه الحال أنه يفيد الملك، فيتملك المشترى المبيع حينئذ بقبضه[2] ولكنه ملك غير لازم فيجب على كل واحد من العاقدين فسخه[3]، ورد ما قبضه من مال ما لم يمنع من ذلك مانع [4] فإن قام أحدهما بذلك، وإلا فسخه القاضى جبرا

---

(١) أى سواء أكان الإذن صريحا كأن يقول له اقبضه أو يسلمه إليه، أو دلالة كأن يقبضه المشترى فى مجلس العقد بحضرة البائع وهو ساكت، الدر المختار «ج٤ ص١٣٨».

(٢) ويستثنى من ذلك بيع الهازل فلا يفيد الملك بالقبض، ذلك لأنه فى منزلة بيع شرط فيه الخيار، فإن الهازل لايقصد أن يترتب على العقد أثره كمشترط الخيار لايقصد أن يترتب كذلك على العقد أثره فى الحال، والبيع مع شرط الخيار لا يفيد الملك بالقبض فيكون بيع الهازل مثله، وكذلك يستثنى بيع الأب ماله لطفله وشراؤه مال طفله لنفسه إذا كان ذلك العقد فاسدا فلا يثبت الملك فيه بالقبض المتقدم على العقد بل يجب أن ينضم إليه أن يستعمل الأب المبيع، رد المختار «ج٤ ص١٣٩».

(٣) إذا قام أحد العاقدين بفسخ العقد وجب علم الآخر به حتى يلزمه ذلك الفسخ، وعند أبى يوسف لايشترط العلم، فتح القدير «ج٥ ص٢٣١».

(٤) يمنع من رد المبيع فى البيع الفاسد هلاكه فى يد المشترى وزيادته زيادة متصلة غير متولدة لايمكن تسليمه إلا بها كصبغ الثوب، أما الزيادة المتولدة فلا تمنع سواء أكانت متصلة أم منفصلة، وكذلك المنفصلة غير المتولدة كالأجرة، وإذا فسخ العقد فى هذه الحال فرد المبيع ردت معه زيادته إلى البائع، وإذا هلكت الزيادة المنفصلة المتولدة قبل الرد عند المشترى بلا تعد فلا ضمان عليه، وإذا استهلكها ضمن قيمتها. أما غير المتولدة فلا يضمنها المشترى مطلقا إذا هلكت عنده أو استهلكها، ذهب إلى ذلك الإمام وذهب صاحباه إلى أن حكمها حكم المتولدة لا فرق بينهما، وكذلك يمنع رد المبيع وفسخ العقد أن يتصرف المشترى فيه بعد قبضه تصرفا يستوجب لغيره حقا كبيعه بلا شرط خيار وهبته مع تسليمه، ووقفه، ويستثنى من ذلك البيع الفاسد بالإكراه فإن تصرف المشترى فى المبيع به لايمنع رده عند الفسخ بل تنقض جميع تصرفاته ويرد المبيع، ووجه ذلك أن الفساد فى البيع مع الإكراه لحق العبد فإذا تعلق بالبيع حق لعبد آخر لم يرجح حق البائع لأنه سابق عليه فكانت مراعاة حق البائع أولى. والفساد فى غير بيع المكره لحق الله تعالى فإذا تعلق بالمبيع عندئذ حق لعبد قدم على حق الله تعالى، لاستغنائه وحاجة العبد، رد المحتار «ج٤ ص١٣٩» ومابعدها وفتح القدير «ج٥ ص٢٢٧»وما بعدها إلى ص٢٣٥.

عنهما، وحينئذ يسترد كل عاقد بدله، فيرد المبيع إلى بائعه ويرد الثمن إلى المشترى إن كان قد أداه، فإن لم يكن قد دفعه فلا شيء عليه.

أما عند وجود المانع من الفسخ ورد المبيع فإن ملك المشترى يصبح لازما، وعليه رد الثمن مع ذلك وأن يدفع إلى البائع مثل المبيع إن كان مثليا، وقيمته وقت قبضه [1] بالغة مابلغت إن كان قيميا (٢).

والبيع الفاسد نوعان: أحدهما مايرتفع فساده بارتفاع المفسد، ومن ذلك بيع المكره والهازل، فلكل منهما أن يمضيه بإجازته بعد العقد، فيرتفع الفساد ويلزم العقد، ومن ذلك أيضا كل بيع لحقه الفساد بمفسد عارض يمكن إزالته في المجلس إذا أزيل في نفس المجلس، وذلك كالفساد بسبب جهالة لحقت المبيع أو الثمن فارتفعت قبل تفرق المتبايعين، وثانيهما نوع لا يرتفع فساده كالبيع بالخمر أو الخنزير.

حكم البيع الصحيح: البيع الصحيح قسمان: بيع موقوف، وبيع نافذ. فالموقوف ما لم تتوافر فيه جميع شروط النفاذ التى أشرنا إليها فيما مضى، وحكمه أنه لايفيد أثرا ما قبل إجازته ممن له حق الإجازة، والنافذ ماتوافرت فيه جميع شروط النفاذ وحكمه أنه يفيد مايأتى:

(١) إلزام المشترى بأن يدفع الثمن عند حلول أجله إذا كان مؤجلا، وبأن يدفعه فى الحال قبل تسليم المبيع إليه إذا كان حالا، وهو من النقود، والمبيع حاضر.

(٢) إلزام البائع بتسليم المبيع إلى المشترى فى الحال عند تأجيل الثمن، أو بعد قبضه الثمن إن كان نقدا حالا، أو مع قبضه له إن كان عرضا.

(٣) ضمان البائع الثمن للمشترى عند استحقاق المبيع أو عند هلاكه فى يد البائع، أو إتلافه عنده بفعل أجنبى إذا ما اختار المشترى فسخ العقد، وكان جميع ذلك بعد قبض الثمن.

(٤) ضمان المشترى ثمن المبيع إذا تسلمه قبل أداء الثمن.

---

(١) وعلى ذلك إذا زادت قيمة المبيع فى يد مشتريه ثم هلك بعد ذلك لم يلزمه إلا قيمته وقت قبضه وإن كانت على النصف من قيمته وقت استهلاكه، وذهب محمد إلى أن الواجب على المشترى هو القيمة وقت استهلاكه لأن الضمان يتقرر عليه فى ذلك الوقت، فتح القدير «ج٥ ص٢٣١».

(٢) إذا كان الفساد بسبب الإكراه فهلك أو تصرف فيه المشترى تصرفا لايمكن نقضه فإن المالك بالخيار إن شاء ضمن المكره قيمته يوم تسليمه إلى المشترى وإن شاء ضمن المشترى أى القيمتين أراد: قيمته يوم التسليم أو يوم امتنع رده بسبب الهلاك أو التصرف، رد المحتار «ج٥ ص٩١».

المرابحة والتولية والوضيعة

ينقسم البيع بالنظر إلى الثمن الذى يتفق عليه المتبايعان أربعة أقسام:

(١) بيع المساومة.

(٢) المرابحة.

(٣) بيع الوضيعة.

(٤) بيع التولية [1].

وذلك لأن الإنسان إذا باع مايملك بما تصل إليه مساومته مع المشترى من الثمن دون نظر إلى ماقام به عليه المبيع من مال فذلك بيع المساومة. وهو البيع العادى، وإذا باع الشيء على أنه إنما يبيعه بما قام به عليه من مال وهو كذا فذلك بيع التولية، ومثاله: أن تشترى دارا بألف جنيه فتبيعها بما قامت عليك من ثمن ونفقات أنفقتها عليها فى سبيل شرائها وإصلاحها وغير ذلك من كل مايجرى العرف بضمه إلى الثمن وجملة ذلك ١٢٠٠ جنيه. وإذا باعه على أن يكون ثمنه هو ماقام به عليه من مال وهو كذا مضافا إليه ربح مقداره كذا، فهذا بيع المرابحة. وإذا باعه بأقل مما قام به عليه من مال بمقدار كذا وأنه قام عليه بكذا، فهذا بيع الوضيعة.

وقد جرى عرف الناس بالتعامل على هذا الوجه، واتخاذ ماقام به المبيع على البائع أساسا فى الرضا به. فكان هذا التعامل صحيحا لذلك.

وإذا ظهرت خيانة البائع فيما ذكره من ثمن أو نفقات، فزادت فيهما أو فى أحدهما بأن ذكر أن ثمن المبيع عشرون قرشا، وظهر أن حقيقته خمسة عشر قرشا، أو أنه أنفق عليه فى الإصلاح عشرة قروش، وظهر أنه لم ينفق عليه ذلك المبلغ، إذا ظهر شيء من ذلك، كان للمشترى عند الإمام الخيار فى المرابحة والوضيعة، فإن شاء أخذ بالثمن الذى بين فى العقد على ما فيه من زيادة، وإن شاء ترك، أما فى التولية فله حق إسقاط الزيادة، وليس له فيها الخيار، وذهب أبو يوسف إلى أن له الحق فى إسقاط الزيادة فى كل من المرابحة والوضيعة والتولية، وليس له الخيار،

(١) التولية من وليت، ولبث فلانا امر كذا أى جعلته وليا عليه، وسمى هذا النوع من البيع بذلك لأن البائع فيه يجعل للمشترى ولاية على المبيع بمثل الثمن الذى قام به عليه فقام فيه مقامه.

وذهب محمد إلى أن له الخيار فى الأنواع الثلاثة، فإن شاء ترك وإن شاء أخذ بالثمن المبين، وليس له الحط.

وجه قول الإمام أن البيع قد تم على أنه مرابحة أو تولية أو وضيعة، وإذن فلابد من أن يتحقق هذا المعنى، وذلك بزيادة الثمن فى المرابحة عما قام به المبيع على المشترى ونقصه فى الوضيعة عن ذلك ومساواته له فى التولية. وكل من الزيادة والنقص يتحقق بأية زيادة وبأى نقص، فإذا ماكذب البائع فى البيان، فذلك لحمل المشترى على الشراء بما سمى من ثمن والرضا به، فيتم معه البيع لتحقق معنى المرابحة بالزيادة التى زادها البائع وتحقق معنى الوضيعة بالنقص الذى نقصه[1]، وإن أخفى عن المشترى قدر ذلك فى الحقيقة، ولكن لما كان الرضا به لم يتم إلا على وضع خاص، وهو أنه يزيد على الثمن الذى اشترى به البائع زيادة معينة، أو أنه ينقص عنه بمقدار معين كان فوات ذلك فواتا لوصف مرغوب فيه، فيترتب عليه الخيار، فإن شاء أمضى البيع على ما تم، وإن شاء فسخ لفوات ذلك الوصف، أما فى التولية فلا يمكن أن يتحقق معناها إلا بالمساواة بين الثمنين، وإذن يكون الأساس هو الثمن الأول، فيكون للمشترى الحق فى نقص الزيادة وأخذ المبيع بالثمن الأول فقط، حتى يتحقق معنى التولية، إذ إنه لو أخذ بما تم عليه العقد لم يكن العقد تولية، وهو ماعقد إلا على هذا الأساس.

ووجه قول أبى يوسف أن الأساس فى الأنواع الثلاثة هو الثمن الأول بدليل أنه إذا كان معلوما للعاقدين يتم العقد بينهما بذكر لفظ المرابحة والوضيعة والتولية وإذن فذكر المقادير يعتبر شرحا وتفسيرا، فإذا ما كذب فيه وجب الرجوع إلى الأساس، وهو الثمن الأول، فيتم العقد بالبناء عليه فى الأنواع الثلاثة، وتحط الزيادة جبرا عن البائع، وعلى ذلك إذا باع شخص كتابا بمائة وعشرين قرشا مرابحة على أن الربح ٢٠ فى المائة، فقط فظهر أن الثمن الأصلى ثمانون قرشا، فإن المشترى يحط الزيادة ويأخذ الكتاب بستة وتسعين قرشا، وإذا باعه بتسعين قرشا وضيعة على أنه قد حط من ثمنه ١٠ فى المائة فظهر أن ثمنه سبعون قرشا أخذه بثلاثة وستين قرشا وهكذا.

ووجه قول محمد أن العبرة فى المعاوضات بما تم الاتفاق عليه فى العقد من

(١) إذا غالى البائع فى الكذب فذكر للمشترى أن بيع وضيعة، وكان ما اتفقا عليه من الثمن على هذا الأساس أكثر من الثمن الحقيقى فكيف يكون معنى الوضيعة فى هذه الحال متحققا؟ وما رأى الإمام إذن؟ لأن التعليل لايشمل هذه الحال، ولعله يرى فيها أن يحط الزيادة حتى يتحقق معنى الوضيعة.

الثمن المقدر، إذ به يتم الرضا وينعقد البيع، وما صاحب ذلك من ذكر المرابحة أو التولية أو الوضيعة فإنما هو للترويج فقط، فإذا فات ذلك ترتب على فواته أن يكون للمشترى الخيار فى الفسخ، وإذن فإما أن يمضى البيع على ماتم، وإما أن يفسخ، وذلك عندى أوجه الأقوال: لأن ذلك نوع من التغرير به، وبه يثبت خيار الفسخ، وأخذ المبيع على أساس الثمن الأول لم يتم به رضا حقيقى فلا يصار إليه[1].

باب السلم

السلم: السَّلَف، وزنا ومعنى، ويريد به الفقهاء بيع آجل بعاجل، فالآجل المبيع وهو المسلم فيه، وصاحبه هو المسلم إليه، والعاجل هو الثمن، وهو رأس مال السلم، وصاحبه هو المسلم، وهو كذلك رب السلم، وبتمامه يتملك المسلم إليه الثمن فى الحال، ويثبت المسلم فيه فى ذمته دينا للمسلم يتملكه عند تسليمه إليه، ومثاله أن يشترى رجل من آخر مائة قنطار من قطن كذا «ويبينه بيانا كافيا» بخمسمائة جنيه تدفع إليه الآن على أن يسلمه القطن بعد أربعة أشهر مثلا فى مكان كذا، ويتم التعاقد على ذلك، وفى هذه الحال لايجوز للمسلم أن يتصرف فى المسلم فيه قبل قبضه لأنه بيع منقول، فلا يجوز له أن يبيعه ولا أن يسلم فيه.

ولايصح السلم عند الحنفية إلا فيما يمكن ضبطه وتعيينه، وصفا وقدرا كالمكيلات والموزونات والمذروعات والعدديات المتقاربة والمتماثلة، فلا يصح فى العدديات المتفاوتة إلا إذا بينت أحجامها وأوصافها إلى درجة تجعلها متقاربة، ولايصح فى الحيوان ولا فى الجواهر ولافى الأراضى.

وذهب مالك والشافعى إلى أنه يصح فى الحيوان، وفى كل مايمكن ضبطه وصفا ويصح أن يثبت فى الذمة كاللحم وكثير من الأطعمة [2]، وعلى ذلك يصح عند الشافعى فى العدديات المتفاوتة، ولكن على أن تكون موزونة.

وبناء على ماذكر يصح السلم اتفاقا فى جميع أنواع الحبوب، وفى كل مايوزن ويذرع ويعد.

والأصل فيه قوله ﷺ : «من أسلم فى شىء فَلْيُسْلِمْ فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم».

---

(١) راجع الهداية وفتح القدير «ج٥ ص٢٥٢» ومابعدها.

(٢) راجع نهاية المحتاج فى كتاب السلم «ج٤» والشرح الكبير للدردير «ج٣ ص١٩٦».

شروطه: ويشترط فيه مايأتى:

(١) قبض رأس ماله فى المجلس قبل الافتراق بعد بيانه بيانا تاما، فإذا تفرق المتعاقدان قبله انفسخ العقد [١]، وعلى ذلك لايجوز للمسلم إليه أن يتصرف فيه قبل قبضه بالتنازل عنه أو الشراء به من المسلم، لأن فى ذلك تفويتا لحق الشرع وهو القبض فى المجلس.

(٢) أن يكون المسلم فيه موجودا بالأسواق وقت العقد وأن يستمر وجوده إلى وقت وفائه، وذلك ليكون العقد بعيدا عن الغرر، فإذا انعدم فى هذه الفترة من الزمن أو فى الإيفاء فسد كما فى العناية، وفى الزيلعى أنه إذا لم يوجد وقت الإيفاء يفسد السلم عند زفر ويسترد رب السلم ماله، وعند أئمتنا الثلاثة يكون له الخيار إن شاء فسخ العقد واسترد رأس مال السلم، وإن شاء انتظر وجوده. وهو مذهب الشافعى [٢].

وذهب مالك والشافعى وأحمد إلى جواز السلم فى المعدوم إذا غلب على الظن وجوده فى وقت الوفاء، وهذا ظاهر الوجهة [٣].

(٣) أن يكون مؤجلا، واختلف الحنفية فى أقل أجل يقبل، فقيل ثلاثة أيام، وقيل أكثر من نصف يوم، والفتوى على أنه شهر، فإن كان دونه لم يصح به، وذهب الشافعى إلى أنه ليس بشرط [٤] والتأجيل إلى الحصاد أو الجداد وما ماثل ذلك جائز عند مالك[٥]، وعند أحمد على رواية، ولايجوز عند أبى حنيفة والشافعى للجهالة، وهو رواية عن أحمد.

(٤) بيان جنس المسلم فيه كقطن وبر وشعير، ونوعه كقطن أشمونى، وبر هندى، ووصفه كجيد ورديء وقدره كيلا أو وزنا أو عددا، ولابد فى المذروعات من بيانها بيانا تاما بذكر أطوالها المختلفة وجميع الأوصاف التى تتعلق بنسجها وخيوطها.

---

(١) وأجاز مالك تأخير قبضه بعد العقد إلى ثلاثة أيام فإن أخر أكثر من ذلك وكان هذا مشروطا فى العقد فسد السلم، وإن لم يكن مشروطا فيه، فقولان: قول بصحته، وقول بفساده. الشرح الكبير «ج٣ص١٩٦».

(٢) النهاية «ج٤ ص١٩٠».

(٣) الشرح الكبير للدردير «ج٣ ص٢١٢» . والنهاية «ج٤ ص١٨٨». وكشاف القناع «ج٢ ص١٢٨».

(٤) النهاية «ج٤ ص١٨٥».

(٥) شرح الدردير الكبير «ج٣ ص٢٠٦».

(٦) النهاية «ج ٤ ص١٨٦» وكشاف القناع «ج ص١٢٦».

(٥) بيان مكان الإيفاء فيما له حمل ومؤونة، والبلد الصغير جميع أماكنه سواء، أما الكبير فلابد من تعيين مكان الإيفاء فيه. وأما مالا حمل له ولا مؤونة فلا يشترط فى الإسلام فيه ذلك، ولكن لو عين له مكان لزم.

وفاة أحد عاقديه: وإذا توفى رب السلم حل وارثه فيه محله، وإذا توفى المسلم إليه بطل الأجل، لأن الدين يحل بموت المدين، وإذن يشترى المسلم فيه من تركته فى الحال، ولذا اشترط وجوده من وقت العقد إلى وقت الإيفاء، خشية موت المسلم إليه فى المدة.

الاستصناع

الاستصناع عقد على مبيع فى الذمة مطلوب عمله، وذلك كأن تستصنع حذاء أو ثوبا أو طربوشا أو أريكه ونحو ذلك، وقد تعارفه الناس وجرى عليه التعامل منذ القدم، فجاز لذلك استحسانا،وهو بيع يشبه الإجارة، حتى قال بعضهم إنه إجارة فى الابتداء، بيع فى الانتهاء، لما فيه من طلب العمل ابتداء ولذا يبطل بوفاة كل من المستصنع والصانع، ويشترط لصحته مايأتى:

(١) بيان المصنوع بيانا تاما يحول دون النزاع بعد صنعه، فيبين جنسه ونوعه وقدره وجميع أوصافه وذلك باختلاف حال المصنوع.

(٢) أن يكون فيما يجرى التعامل باستصناعه كالأحذية والأوانى والملابس وغيرها فإن حصل فيما لم يجر به تعامل الناس كان سلما، واشترط فيه جميع شرائط السلم الماضية من قبض رأس المال فى المجلس وذكر الأجل إلى آخر مابينا وإلا كان فاسدا.

(٣) ألا يكون مؤجلا إلى أجل يصح معه السلم عند أبى حنيفة، وعلى ذلك إذا خلا من الأجل أو أجل إلى أجل دون الأجل المشترط فى السلم فإن العقد يصح ويكون استصناعا وإن أجل إلى أجل يقبل فى السلم كان العقد سلما واشترط فيه مايشترط فى السلم، ووجه ذلك أن التأجيل للإمهال وتأخير المطالبة وذلك لايكون إلا عند لزوم العقد، والاستصناع عقد غير لازم كما سيأتى، فلا يتفق معه ذكر هذا الأجل، فإن ذكر فيه هذا الأجل كان دليلا على أن المراد به السلم فينعقد سلما، وعندئذ يلزم فيه أن تتوافر شرائط السلم، ولهذا إذا ذكر الأجل فيه على سبيل الاستعجال لا على سبيل الإمهال بأن قال المستصنع للصانع:

على أن تفرغ من هذا المطلوب غدا أو بعد غد أو فى شهر أو فى شهرين على الأكثر كان استصناعا اتفاقا؛ لأن ذلك ليس بتأجيل ولايمنع المطالبة.

وذهب أبو يوسف إلى عدم اشتراط هذا الشرط وإن عقد الاستصناع يصح بلا أجل ومع ذكر أى أجل ترجيحا لإعمال اللفظ على حقيقته، ويحمل الأجل عند ذكره على الاستعجال لأن العقد غير لازم.

حكمه: والاستصناع عقد غير لازم من جهة الصانع؛ لأن فى إلزامه بالمضى فيه ضررا وهو إتلاف ماله فى عمل المطلوب، فكان له أن يفسخ ولا يمضى فيه.

وإذا شرع فى العمل فأتم المطلوب كان له أيضا أن يبيع ما صنعه لغير المستصنع ويفسخ العقد، لأن ماصنعه لايتعين محلا للعقد إلا إذا رضيه المستصنع، فإذا رآه المستصنع ورضيه لم يكن للصانع بيعه ولافسخ العقد، وكان للمستصنع حينئذ أخذه جبرا عن الصانع، وله مع ذلك تركه بخيار الرؤية إذا رآه وفسخه قبل أن يراه، أما ثبوت الخيار له، فلأنه قد اشترى شيئا لم يره، وأما جواز فسخه قبل الرؤية فلثبوت هذا الخيار له،وقد علمت أن من له خيار الرؤية يثبت له الفسخ قبلها.

وذهب بعض الحنفية إلى أن الصانع لاخيار له ويجب عليه المضى فى العمل؛ لأنه بائع ولاخيار للبائع إذا باع ما لم يره، وروى عن أبى يوسف أنه لاخيار لواحد منهما، أما الصانع فلما بينا وأما المستصنع فلما يترتب على ثبوت الخيار له من الإضرار بالصانع.

قال الزيلعى: والصحيح أن الصانع لاخيار له وأن الخيار للمستصنع فقط. وذلك لايخلو عن نظر إذا ما أتى الصانع بالمطلوب وفق الشروط والأوصاف، ولذا فالأوجه عندى مانقل عن أبى يوسف من أنه لاخيار لأحدهما.

والاستصناع يفيد ثبوت ملك المستصنع فى العين المبيعة فى الذمة وثبوت ملك الصانع فى الثمن ملكا غير لازم على مابينا من الخلاف فى ذلك.

بيع الوفاء

قد يكون البيع باتا لارجعة فيه وقد يكون على غير ذلك فيشترط فيه أنه متى رد البائع الثمن إلى المشترى رد المشترى إليه المبيع، وهذا هو بيع الوفاء.

وقد فزع الناس إلى هذا النوع من البيع حينما رأوا حرمة الربا، واضطروا إلى الاستدانة، وكف أصحاب الأموال عن الإقراض إلا بمنفعة، فتعاملوا بذلك ليحتالوا على نفع الدائن من طريق لايعد ربا، وهيهات لهم ذلك؛ لأن الحرام حرام من أى طريق وصلوا إليه، وقد ذهب أكثر العلماء إلى أن هذا البيع غير صحيح، وأن المنعقد به إذا ما أعقبه تسليم المبيع عقد رهن فله جميع أحكام الرهن، ولذا لايملك المشترى المبيع ولايحل له أن ينتفع به ولا أن يتصرف فيه، وإذا عين لرد الثمن زمنا فلم يرد فيه كان للمشترى أن يطالب ببيع المبيع فى سبيل الوفاء بدينه، إلى غير ذلك من أحكام الرهن التى ستعرفها فى كتاب الرهن، وذلك هو أرجح الأقوال فى بيع الوفاء.

الإقالة

الإقالة: رفع العقد وفسخه. وركنها: إيجاب وقبول دالان على الرضا بفسخ العقد، والأصل فيهما أن يكونا باللفظ كأقتلك وفسخت البيع وقبلت ذلك، وقد يتمان بالفعل كأن يتراد المتعاقدان «البائع والمشترى» البدلين.

وتصح من المتعاقدين ومن ورثتهما ومن وصيهما، ولاتصح من ناظر الوقف، ولا من الوصى على اليتيم إلا إذا كان فيها خير للوقف ولليتيم. وتصح إقالة الإقالة، وعند ذلك يعود العقد الأول كما كان.

شروطها: ويشترط فيها اتحاد المجلس، وأهلية العاقدين، وبقاء المبيع موجودا فى يد المشترى حين الإقالة؛ فإذا تلف جميعه لم تصح لزوال المحل، وكذلك إذا تلف بعد تمامها قبل رده كما فى البيع، وإذا تلف بعضه صحت فى الباقى منه بحصته من الثمن، وإذا كانت مقايضة فتلف أحد البدلين صحت فى البدل الباقى بقيمة البدل الهالك، لأنها ثمن الباقى، ولا يؤثر فيها هلاك الثمن إذا كان عينا، فإذا هلك وتمت الإقالة رد مثله إن كان مثليا، وقيمته إن كان قيميا.

حكمها: (١) تعتبر الإقالة بالنسبة للمتعاقدين فسخا لما تم بينهما من التعاقد فترتفع جميع أحكامه الأصلية سواء أتمت الإقالة قبل القبض أم بعده، فى عقار أو منقول، فإذا تقايل البيعان عقد بيع رجع المبيع إلى ملك بائعه والثمن إلى ملك المشترى كأن لم يحصل بينهما بيع.

أما ما ليس من أحكام العقد الأصلية، وإنما استلزمه نفاذه، فلا يرتفع،

وعلى ذلك إذا اشترى إنسان من مدينه عينا بدينه المؤجل، فإن هذا العقد يستلزم حلول الدين وسقوطه لثبوت المقاصة فى الدين، فإذا ماتقايلا هذا العقد فعاد الدين مطلوبا لم يرتفع حلوله ولايعود مؤجلا كما كان؛ لأن سقوط الأجل لم يكن من أحكام البيع الأصلية، وإنما استلزمه نفاذه، وكذلك إذا كان بهذا الدين كفيل فبريد الكفيل لسقوط المطالبة عن المدين بسبب البيع ثم تقايلا لم تعد الكفالة بعد سقوطها لذلك السبب نفسه.

(٢) تعتبر كذلك فسخا بالنسبة لغير العاقدين - إذا تمت بالتراد فى البدلين بينهما أو بلفظ المتاركة «كتاركتك البيع» أو بلفظ المفاسخة «كفاسختك البيع» - فى جميع الأحوال تحقيقا لمعنى اللفظ أو مايدل عليه الفعل، وإن تمت بلفظ الإلة كأقتلك وكانت بعد القبض اعتبرت بيعا جديدا سواء أكانت فى عقار أم منقول، فيترتب عليها مايترتب على سائر العقود المبتدأة من شفعة وغيرها، وإن كانت قبل القبض اعتبرت كذلك بيعا جديدا إذا كانت فى عقار لجواز بيع العقار قبل قبضه، وإذا كانت فى منقول اعتبرت فسخا لعدم جواز بيع المنقول قبل قبضه.

وعلى ذلك إذا بيع عقار، فلم يطلبه شفيعه بحق الشفعة، ثم تمت إقالة العقد بلفظ الإقالة ثبت له بها حق المطالبة بالشفعة، سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده، فإن تمت بلفظ المفاسخة لم يثبت له بها هذا الحق لما قدمنا.

القرض

القرض: عقد يفيد تمليك مثلى على أن يعوض بمثله، وبناء على ذلك لايجوز القرض فى القيميات إذ لا يستطاع رد مثلها، وإنما يجوز فى الأموال المثلية، مكيلات أو موزونات مما لاينتفع به إلا باستهلاكه، كالنقود والحبوب والزيوت وما أشبه ذلك.

شروطه: القرض شبهان، أحدهما أنه فى ابتدائه شبيه بالتبرع من ناحية أنه إخراج بعض المال من ملك المقرض بدون عوض فى الحال. وثانيهما أنه فى نهايته شبيه بالمعاوضة من ناحية أنه ينتهى بأداء مثل القرض إلى المقرض فيستوفى مثل ما أخرجه من ملكه.

وينبنى على الشبه الأول أن المقرض يجب أن يكون من أهل التبرع، فلا يجوز القرض من محجور عليه لصغر أو جنون أو سفه أو عته، ولا من ولى على أموال هؤلاء على القول الأصح.

وينبنى على الشبه الثانى أن الاقتراض لا ينفذ إذا باشره بالغ رشيد لنفسه أو لمن هو تحت ولايته، فإذا باشره محجور عليه كان نفاذه متوقفا على الإجازة من الولى، شأن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر.

وعلى ذلك إذا اقترض الصغير غير المأذون له بالتجارة مالا وسلم إليه بغير إذن من وليه لم يملكه بالقبض، ووجب رده إلى مالكه مادام قائما، فإن هلك من غير تعد لم يضمنه عند محمد لأن مالكه قد سلطه عليه بتسليمه إليه، وذهب أبويوسف إلى تضمينه لأنه مؤاخذ بأفعاله وهو الأصح.

حكمه: ولايفيد الملك إلا بالقبض عند الطرفين لشبهه بالتبرع، فإذا قبض المقترض ما اقترضه من مال تملكه ووجب فى ذمته للمقرض مثله [1]. وعلى ذلك لو طالبه المقرض بالوفاء حينئذ جاز له أن يدفعه نفسه وأن يدفع مثله، وليس للمقرض أن يأبى.

وذهب أبو يوسف إلى أنه لايملكه **إلا باستهلاكه** وإنما يدخل بالقبض فى ضمانه، وعلى ذلك إذا طالبه المقرض به قبل استهلاكه وجب عليه رد نفس المال المقترض، لأنه لايزال مملوكا للمقرض.

وهو عقد غير لازم قبل القبض فللمقرض أن يأبى تسليم المال وألا يمضيه وبالقبض يتم، وإذا أعسر المقترض فعجز عن الوفاء وجب إمهاله إلى الميسرة.

الأجل فى القرض: وإذا تم القرض على تأجيل الوفاء، وإلى أجل معين لم يلزم ذلك الأجل، وجاز للمقرض أن يطالب قبل حلول الأجل، ويكون المقترض حينئذ ملزما بالأداء، وإلى هذا ذهب الشافعى وأحمد، ووجه ذلك أن المقرض متفضل محسن وليس على المحسن من سبيل.

وذهب مالك إلى أن الأجل فيه لازم فلايجوز من المقرض أن يطلب الوفاء إلا عند حلوله، لأن الوفاء بالعقود واجب لقوله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾** وقد تم العقد على تأجيل الأداء.

---

(١) إذا كان القرض فاسدا كما فى اقتراض مال غير مثلى افاد الملك أيضا بالقبض ووجب فسخه ورد المال المقترض، الدر المختار «ج٤ ص١٩١».

باب الإجارة

الإجارة: عقد يفيد تمليك المنافع بعــوض، ولأن محله المنفعة تميز من البيع، لأن محله المبيع، وهو لايكون إلا عينا مالية كما قدمنا.

والكلام على الإجارة يكون ببيان مايأتى:

(١) صيغة العقد.

(٢) العاقدين.

(٣) العين المستأجرة ومنافعها.

(٤) الأجرة.

(٥) حكم العقد.

(٦) انتهاء العقد.

(١) صيغة العقد: علمنا أن الصيغــة مجموع الإيجاب والقــبول، وهما ركنا عقد الإجــارة، ويكفى فى بيانها ماقدمناه من الشرح فى بيــان الأحكام العامة لصيغ العقود وأركانها.

وقد علمت أن الإجــارة يفسدها التــعليق وأنها قد تكون منجــزة وقد تكون مضافة، وأنها كالبيع تصح مع الشرط الصحيح والباطل ويفسدها الشرط الفاسد.

(٢) العاقدان : هما المؤجر والمستأجــر، ويقال للمؤجر مكر ومكار وآجر، وللمستأجر مكتر، ويشــترط فيهما ما يشترط فى المتبايعين، فــإن عقد الإجارة عقد معاوضة كالبيع فشروط العاقدين فــيها واحدة، وما لهذه الشروط من أثر فى العقد لا يختلف فلا موجب للتكرار.

(٣) العين المستأجرة ومنافعها الإجارة لاترد إلا على منافع الأعــيان، فمحل هذا العقد المنافع، وهى المعقود عليه فى عــقد الإجارة، وقد أقيمت الأعيان مقام منافعها في عقد الإجارة، واعتبر وجودها وجوداً لمنافعها حتى يتحقق الارتباط بين المتعاقدين، ويــتعلق بموجود فى الخارج، لأن المنفعة مــعدومة، وقد علمت أن ذلك نتيــجة لما ذهب إليه الحنفيــة من أن محل العقد يجب أن يكون مــوجودا عند التعاقد، وقد بينا ذلك فيما مضى.

ولأن الإجارة لاترد إلا على المنافع لم تصح إجارة غـابة لقطع أشجارها ولا استئجـار بستان لأجل ثمره، ولا إجارة أرض مملوكة لرعى مـافيها من الكلأ، ولا إجارة بركة من الماء لصيـد ما فيها من السمك، إلا على تأويل إجـارة البركة ليتم فيها عمل الصيد، أما السمك نفـسه فيملك بالاستيلاء عليه لا بالإجارة، ومن هذا كانت إجارة المرضع مراعى فيها قيامها على شئون الرضيع لا إرضاعه اللبن، وكان جوازها لحاجة الناس إليها.

شروط المعقود عليه: يشترط فى المنفعة المعقود عليها ما يأتى:

(١) أن تكون مبـاحة شرعا، فـلا تنعقد الإجارة على المعـاصى كاستئـجار النائحة للنوح واستئجار شخص للاعتداء على آخر بالضرب أو بالشتم. وإذن فهذا شرط يرجع إلى انعقاد العقد.

(٢) أن تكون معلومـة عند التعاقـد علما تنتفى به الجـهالة المؤدية إلى النزاع سواء أكان العلم بها نتيجة للعرف أم لذكرها مع وصفها، أو مع الإشارة إليها.

فأما علمها بالعرف فهو فى مثل إجارة الدور والحوانيت، فإن استعمال الدور معـروف عرفا، وكـذلك استعمـال حوانيت كل ناحـية من نواحى البلد، فتنعـقد إجارتها على منفعته المتعارفـة ، لأن المعروف بالعرف كالمشروط، وعلى ذلك يتقيد بها المسـتأجر فلا يـخرج عنها، ومثل ذلك إجـارة بعض الأراضى لزراعتهـا، فإن العرف إذا قـضى بزراعتهـا بأصناف معينة وجب على المسـتأجر ألا يتـجاوزها إلى مايضر بالأرض، ولكن إذا استأجرها على أن يزرع فيـها مايشاء لم يتقيد بالعرف، لأن النص أقوى دلالة منه.

وأما معرفتها بوصفها فـتكون فى مثل الاستئجار على صبغ هذا الثوب بلون كذا، أو على خـياطته بشكل كذا، أو على دهـان المنزل أو على نقل هذا المتاع من جهة كذا إلى جهة كذا، وكما فى استئجار الأرض ليزرع فيها نوع معين من النبات أو ليبنى فـيها منزل أو ليـغرس فيهـا أشجار هي كـيت وكيت، واستئـجار الدابة لركوبها من جهة كذا إلي جهة كذا وغير ذلك من الأمثلة.

وأما معرفتـها بالإشارة فيكون فى مثل الاستئـجار على حمل هذا المتاع من هذه الجهة إلى هذه الجهة أو على إصلاح هذه الآلة، أو على هدم هذا البناء.

بيان المدة فى الإجارة: إذا كانت المنفعة المعقود عليها قابلة للامتداد والبقاء ولايكفى ذكر اسمها لتحديد مقدارها كالسكنى والزراعة واللبس والخدمة وجب لتمام العلم بها ذكر مدتها حتى تكون معيارا لها ، ويكون هذا فى استئجار المنازل والأراضى والأجير الخاص، فإذا أغفل ذكر المدة فيها فسد العقد.

وفى هذه الأحوال إما أن تذكر المدة منكرة كسنة وشهر ويوم أو معينة كسنة كذا وشهر كذا، فإن ذكرت منكرة ابتدأت من وقت العقد إذا لم ينص على وقت تبدأ منه ولم يكن فى العقد خيار الشرط، كما إذا قلت : استأجرت هذه الدار سنة بعشرة جنيهات فقبل مالكها. فإن سمى وقت تبدأ منه ابتدأت منه كما إذا استأجرت هذه الدار شهرا بجنيهين ابتداء من الشهر الآتى فقبل مالكها، وإن لم يسم وكان فى عقد الإجارة خيار شرط ابتدأت من وقت سقوط الخيار، وإن ذكرت معينة اقتصرت الإجارة عليها وانتهت بانتهائها كما إذا استأجرت منزلا سنة كذا.

وتصح الإجارة أيضا مشاهرة على أن تعين أجرة الشهر ولايسمى عدد الأشهر فتقع عندئذ على الشهر الأول التالى للعقد، فإذا انتهى كان لكل من العاقدين فسخها قبل مضى اليوم الأول من الشهر التالى، **بشرط إعلام الآخر بذلك**. فإذا مضى اليوم الأول لزمت الإجارة فيه أيضا وهكذا، وإذا كان المستأجر قد عجل أجرة شهرين فأكثر كان ذلك التعجيل دالا على مدتها فتلزمه الإجارة فى المدة التى عجل أجرتها [(1)]، وبناء على ماذكر لايصح استئجار عامل من غير ذكر بيان العمل الذى يطلب منه، ولا استئجار مسكن أو أرض بلا بيان مدة الإجارة، ولا استئجار دابة للركوب بلا بيان مدة الركوب أو مسافته وهكذا، لوجود الجهالة المفضية إلى النزاع.

---

(١) أما إجارة المشاع فعلى التفصيل الآتى: إذا أجر الجزء المشاع للشريك فى العين المشتركة فالإجارة صحيحة، سواء أكان الشيوع سابقا على الإجارة أم طارئا إذا لم يكن شريك سواه، وإن أجر لغير الشريك او لاحد شريكيه لم تصح الإجارة عند الإمام، سواء فى ذلك مايقبل القسمة من الاعيان وما لايقبلها، وذلك لعدم إمكان تسليم الجزء المستاجر إلى المستاجر إلا بالمهاياة، والمستاجر لايستحق المهاياة إلا أثرا لعقد الإجارة، وبناء علي ذلك تكون المهاياة فى وقت واحد شرطا لجواز العقد وأثرا له، وكونها شرطا له يقتضى تقدمها عليه، وكونها أثرا له يقتضى تاخرها عنه، ولايمكن ان تكون متقدمة متاخرة، فيفسد العقد لذلك، وذهب الصاحبان إلى جوازها إذ يكفى فى تسليم العين المستاجرة التخلية، وهى فى هذه الحال ممكنة، لأنها فى كل شىء بحسبه، وعلى قولهما الفتوى، وقيل: بل الفتوى على قول الإمام. رد المحتار «ج٥ ص٢٣» والمبسوط «ج١٢٥ ص١٤٤».

(٣) أن تكون المنفعة مقدورة التسليم بالقدرة على تسليم محلها ـ وهو العين المستأجرة ـ وعلى ذلك لاتصح إجارة دابة ضالة للحمل ولا للركوب، ولا إجارة العين المرهونة ولا المستأجرة لعدم القدرة على تسليم هذه الأعيان، إما لعدم استطاعة تسليمها، وإما لتعلق حق العاقدين بها وإمساكها عنده لحقه، ولذا تنفذ إذا ما كانت مضافة إلى مابعد انتهاء حق المستأجر [١].

ومما تقدم يتبين لنا أن هذين الشرطين «الثانى والثالث» يتعلقان بصحة عقد الإجارة، وأن الإجارة عند عدم توافر أحدهما فاسدة، غير أن عدم القدرة على التسليم إذا كان سببه تعلق حق الغير بالعين كانت الإجارة صحيحة موقوفة على إجازة صاحب الحق أو انتهاء حقه بأى سبب من الأسباب، كما قدمنا فى حكم المبيع إذا تعلق به حق غير العاقدين.

(٤) ألا يكون بمحلها عيب يخل بالانتفاع أو يمنعه، فإن وجد بالعين المستأجرة وقت العقد أو وقت التسليم ما يخل بالانتفاع بها لم يلزم العقد، وكان للمستأجر فسخه، كما إذا وجد أن الأرض المستأجرة ليس لها شرب مثلا.

(٥) أن يكون محل المنفعة معروفا للمستأجر عند العقد، لأنه قد رآه، فإن لم يكن رآه لم يلزم العقد عند رؤيته، وكان للمستأجر فسخه عند الرؤية.

ومن هذا يتبين أن هذين الشرطين الأخيرين يتعلقان بلزوم عقد الإجارة.

محل العقد فى الإجارة: محل عقد الإجارة قد يكون منفعة عين من الأعيان، كما فى إجارة الأرض والدور والأوانى والملابس والأسلحة والآلات والدواب والعربات وما إلى ذلك، وقد يكون عمل عامل، فيسمى العامل حينئذ بالأجير، كما فى استئجار الخدم والصناع والأطباء والمحامين.

إجارة الأعيان واستيفاء منافعها: إذا كان العقد على منفعة عين من الأعيان كان للمستأجر أن يستوفيها على وفق ماتم التعاقد عليه من شروط، وعلى ماهو معروف بالعرف، فإذا استأجر دابة على أن يركبها لم يجز له أن يحمل عليها، وإذا استأجرها ليحمل عليها أردبا من القمح لم يجز له أن يحمل عليها

---

(١) رد المحتار «ج٥ ص١٥» والمبسوط «ج١٥ ص١٣١».

أردبا ونصف أردب، وإذا استأجرها لتحمل لجهة معينة لم يجز له أن يتجاوزها، وإذا استأجرها ليحمل عليها قنطارا من القطن لم يجز له أن يحمل قنطارا من الحديد، وإذا استأجر الأرض ليزرعها نباتا معينا لم يجز له أن يزرعها نباتا أشد على الأرض منه ضررا، وهكذا لايجوز له أن يتجاوز المشروط إلى ماهو أشد منه ضررا، فإن تجاوزه إلى ذلك كان بذلك متعديا، وكان فى انتفاعه بالعين فى هذه الحال غاصبا، فإن عطبت ضمن قيمتها، وإن سلمت لم يلزم بأجر انتفاعه عند الحنفية، وذلك لما علمت من أنهم لا يرون المنافع متقومة إلا بالعقد عليها للضرورة. فإذا تجاوز المستأجر بتجاوز شروطه فقد استوفى المنفعة بغير عقد، وهى فى هذه الحال ليست بمال ولا بمتقومة، فلا يطالب ببدلها إلا فى ثلاث مسائل: مال اليتيم، ومال الوقف، والمعد للاستغلال.

وخالف الشافعي فألزمه بأجر المثل، بناء على أن المنافع عنده أموال متقومة ولو لم يتم عليها تعاقد، وهذا أوجه.

وأما إذا خالف الشرط إلى ماهو أدنى منه ضررا أو إلى مثيله، فذلك جائز؛ لأن الرضا بنوع من الضرر يعد رضا بما هو مثله أو أدنى منه، فإذا استأجر دابة لحمل أردب من القمح كان له أن يحمل عليها أردبا من الأرز، لتماثل الحالين، وإذا استأجرها ليحمل عليها قنطارا من الحديد، جاز له أن يحمل عليها قنطارا من القطن، لأنه أدنى ضررا.

وكذلك يلزمه أن يتقيد بالعرف فى الاستعمال، فإذا كانت العين المستأجرة دابة لم يجز له أن يضربها ولا أن يكبحها بلجامها، ولا أن يسير بها سيرا عنيفا، وإذا كانت دارا لم يجز له أن يباشر فيها أعمالا توهن بناءها، وهكذا مما ينكره عليه العرف، فإذا تجاوزه كان معتديا، لأن المعروف بالعرف كالمشروط.

تصرف المستأجر فى المنفعة: من الأعيان مايتفاوت الناس فى الانتفاع به، ومنها ما لايتفاوتون فى الانتفاع به، وإن شئت قلت: قد تختلف المنفعة باختلاف المنتفع، وقد لاتختلف باختلافه، فإذا كانت تختلف باختلافه، كركوب الدابة ولبس الثياب، فقد ينص فى عقد الإجارة على المنتفع، وقد ينص فيه على التعميم، وقد يطلق فلا يتعرض فيه لذلك.

فإن نص فيه على المتفع فاستؤجرت الدابة على أن يركبها فلان تقيد المستأجر به، فليس له أن يمكن غيره من ركوبها بإجارة أو إعارة، فإذا خالف كان غاصبا، وإذا هلكت الدابة عند ذلك كان ضامنا، وليس عليه الأجر بهذا الانتفاع، وإن سلمت الدابة كما تقدم، أما عدم وجوبه مع هلاكها؛ فلأنه لايجتمع أجر وضمان، «وهى قاعدة عند الحنفية»، وأما عند سلامتها فلأنه انتفاع بمغصوب، ومنافع المغصوب غير مضمونة عند الحنفية.

وإن نص فى العقد على التعميم أو أطلق تعين المتفع بأول من ينتفع بها، وكأنه قد شرط فى العقد ألا ينتفع بها غيره، وإذن يعرف الحكم مما تقدم.

وإذا كانت لاتختلف باختلاف المتفع كركوب السيارة، لم يتقيد المستأجر بمنتفع خاص، سواء أشرط ذلك فى العقد أم لم يشرط، وعندئذ يبطل الشرط، فله أن يؤجر العين لغيره، وأن يعيرها إياه[1] لأنه مالك للمنفعة، ومقتضى الملك جواز التصرف، وليس فى التقييد فائدة، غير أنه إذا أراد أن يؤجر العين لغيره، وجب أن تكون لغير مالكها، إذ لا يستأجر الإنسان ملكه. وألا تزيد الأجرة على الأجرة الواجبة عليه إلا فى حالتين : الأولى: أن تكون الأجرة من جنس آخر غير الأجرة الواجبة.الثانية: أن يكون المستأجر قد أصلح فى العين أو زاد فيها زيادة لها انتفاع، وإذا انتهت مدة الإجارة الأولى قبل انتهاء مدة الثانية ولم يجز المالك استمرارها انفسخت الإجارة فى باقى المدة، ولايكون المستأجر الثانى مطالبا أمام المالك، بل المطالب أمامه المستأجر الأول.

سلامة العين المستأجرة : يجب أن تكون العين المستأجرة سليمة من العيوب بحيث يتمكن المستأجر من استيفاء ما استحق عليها من منفعة بعقد الإجارة، لأنه ما أقدم على العقد عليها إلا ليستوفى منها تلك المنفعة، فإذا لم يؤد العقد عليها إلى استيفائها لم يكن راضيا به، وفسد العقد لذلك، وعلى هذا: إذا كان المستأجر على علم بالعين وعيوبها حين التعاقد بأن كان رآها من قبل ثم وجدها على ما رآها عليه، لم يجز له فسخ العقد، ووجب عليه المضى فيه لرضاه بها وبعيوبها، ولكن إذا وجد بها عيبا لم يعلمه من قبل كان له بسبب ذلك خيار العيب، فإن

(١) راجع الدر المختار ورد المحتار «ج٥ ص٢٤» والهندية «ج٤ ص٤٧٢»

شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخ، كما يكون له أيضا خيار الرؤية إذا استأجرها قبل أن يراها، فيثبت له الفسخ عند الرؤية، تحقيقا لكمال رضاه.

فإذا تسلمها على الهيئة التى رآها عليها، ثم حدث بها عيب بعد ذلك، فإن لذلك أحوالا ثلاثا:

الأولى: أن يكون هذا العيب غير مؤثر فى الانتفاع بالعين. وفى هذه الحال ليس له حق الفسخ، وحدوثه لا يؤثر شيئا.

الثانية: أن ينقص به الانتفاع فقط، وفى هذه الحال يكون للمستأجر حق فسخ عقد الإجارة، ولا تسقط عنه الأجرة إلا بالفسخ، فإذا لم يفسخ بقى العقد وألزم بالأجرة، سواء انتفع أم لا. ولا يتم الفسخ إلا بحضرة المالك، فإذا لم يمكن ذلك بسبب غيبته أو مرضه أقام القاضى عنه وكيلا ليفسخ العقد أمامه، فإذا لم يفسخ المستأجر العقد حتى زال العيب بأى سبب زال حقه فى الفسخ، ومثال ذلك أن تكون العين دارا، فيسقط منها جدار أو تنهدم منها حجرة.

الثالثة: أن يذهب العيب بكل المنفعة، وفى هذه الحال يسقط الأجر عن المستأجر فسخ العقد أم لا. وكان له حق الفسخ ولو فى غيبة المالك، ومثال ذلك: أن تكون العين أرضا فيغطيها ماء النشع.

يد المستأجر وضمانه ورد العين المستأجرة: يد المستأجر على العين المستأجرة يد أمانة مادام لم يتجاوز حقه فى الانتفاع بها بمقتضى العقد وما شرط فيه، ولم يخرج فى انتفاعه بها عن المعروف بالعرف، وعلى ذلك: إذا تلفت العين عنده فى هذه الحال بلا تعد منه أو تقصير فى المحافظة عليها فلا ضمان عليه، أما إذا تعدى عليها أو قصر فى المحافظة عليها، فإنه يكون ضامنا لما ينشأ عن ذلك من تلف أو نقصان، وكذلك الحكم إذا تجاوز فى الانتفاع بها حقه المشروط أو المعروف بالعرف.

وبناء على ذلك: إذا تجاوز بالدابة المحل الذى استأجرها إليه للحمل أو للركوب بما لايتسامح فيه عرفا، أو ضربها أو حمل عليها ماهو أشد ضررا، أو جعل دار السكنى مصنعا فتلفت العين بسبب ذلك أو نقصت ضمن قيمتها أو قيمة نقصها لمالكها.

وكـذلك إذا استـأجر دابة لحـمل مـقدار مـعين من صنف، فـتجـاوزه إلى مالاتطـيق حمله منه ولم يكن ذلك بإذن من مـالكها فـعطبت بسبب ذلـك ضمن قيمتـها. فإن تجاوزه إلى ماتطيقه عـادة فعطبت ضمن من قيمتـها بنسبة الزيادة إلى ماحمل عليها. فإذا كانت الإجارة على حمل قنطار من القطن، فحملها منه قنطارا ونصفا، فعطبت بسبب ذلك، وكانت قيمتـها ١٢ جنيها ضمن ثلث قيمتها وهو ٤ جنيهات، وعليـه الأجرة المتفق عليها، لأن العطب كان من فـعل مأذون فيه، ومن فعل غير مأذون فيه، فتنقسم القيمة عليهما، وهذا بخلاف ما إذا حملها قنطارا من صنف آخر أشد ضررا كحديد، فإنه يكون ضامنا لقيمتها كلها وإن لم يتجاوز ثقل القدر المتفق عليه.

هذا كله إذا حملهـا المستأجر بنفـسه، أما إذا شاركه في ذلك مـالكها فليس على المستـأجر إلا نصف الواجب حينئذ، لأن التلف كـان نتيجة عـملهما جمـيعا فتنقسم القيمة عليهما.

ويظهر لي أن ذلك مشروط بألا يعلم مالكها ماحملته، فأما إذا علم فشارك، كان ذلك إذنا منه وتسليطا، وفي هذه الحال لاضمان.

وكذلك يكون ضامنا للعين إذا منعـها عن مالكها بعد طلبهـا منه عند انتهاء مدة الإجارة، فإذا هلكت ـ ولو من غير تعد ـ كان عليه ضمانها.

أما إذا لم يطلبهـا مالكها فلا ضمـان عليه، لأن المستأجر ليس عليـه نفقات تسليم العين ولا نقلها إلى مالكها، ولكن ذلك على المالك، فـعليه أن يحضر بعد انتهاء مدة الإجارة ليتسلمها، وعند ذلك يجب على المسـتأجر تسليمها فارغة، فإن كانت أرضا مـشغولة بزرع لم يستحصـد أو بشجر مثمـر لم ينضج ثمره، كان له استبقاؤها إلى أن يستحـصد الزرع وينضج الثمر بأجر المثل حتى لايناله ضرر، وإن كانت مشغـولة ببناء أو شجر غير مثمر وجب عـليه هدم البناء ونزع الشجر إن لم يضر ذلك بالأرض. فإن أضر بها كان للمالك أن يتملكه جبرا عن المستأجر بقيمته مستحق القلع.

إجارة العامل: وإذا كان محل العقد عملا لعامل فإما أن يكون هذا العامل أجيرا خـاصا كالموظف والخادم، وإما أن يكون أجـيرا مشتركا، كـالحمال والدلال والحائك والطبيب.

التعريف بهما: الأجير المشترك: من يستأجر لعمل معين لم يجعل الزمن معيارا له ولم يختص به شخص معين أو أشخاص معينون، ومعنى ذلك: أنه كل أجير يجوز له أن يتقبل العمل من كثير من الناس فى وقت واحد، سواء أعمل لشخص واحد فعلا أم عمل لكثير، وسواء أجعل الزمن معيارا لعمله عند الحاجة إلى ذلك، بأن يكون العمل مما يمتد، كرعى الغنم، أو لم يجعل الزمن معيارا له، كالاستجار على إصلاح آلة معينة، وذلك كالمحامى والطبيب والمهندس والبناء والحمال إذا لم يقصروا على العمل - وإن كان عملهم لشخص واحد - وماداموا لم يمنعوا من أن يعملوا لغيره، ويتعاقدوا معه على ذلك. ومن ذلك: راع استأجرته لرعى غنمك شهرا بكذا، وبناء استأجرته ليقوم بإصلاح مبانى منزلك، فإن كلا منهما - وإن كان يعمل لزمن معين - لايمنع عليه أن يتقبل إجارة على العمل لغيرك فى الوقت المحدد لعملك . ولكن إذا اشترطت عليه فى العقد ألا يقوم بعمل لغيرك فى هذا الوقت كان فيه أجيرا خاصا غير مشترك كما سيأتى.

والأجير الخاص: من يستأجر مدة معينة أو محددة لكى يقوم فيها بعمل لشخص معين أو أشخاص معينين على أن يكون مختصا بهم فيها، فلا يتقبل من غيرهم أن يقوم لهم بعمل فيها، كالطاهى تستأجره مدة شهر ليطهو لك، والموظف تستأجره الحكومة أو شركة من الشركات لعمل بمرتب شهرى هو كذا، والسائق بالشهر لقيادة سيارة أو عربة وهكذا.

المعقود عليه فى إجارة العامل: والمعقود عليه بالنسبة للأجير المشترك هو العمل أو الأثر والوصف الذى يحدثه العامل فى العين بعمله، ولذا لايحتاج إلى ذكر مدة له إلا إذا كان عملا ممتدا كرعى الغنم، فيحتاج حينئذ إلى ذكر المدة لتقديره، أما إذا كان مما لا يمتد فلا يحتاج إليها، وإذا ذكرت معه كان ذكرها للاستعجال فقط. ويستحق المستأجر هذا العمل على الأجير ويثبت دينا فى ذمته، كثبوت الدين فى ذمة المدين، ولذا لا تزدحم بكثير الأعمال، كما لاتزدحم بكثير الديون. ويلزم بالقيام به نتيجة للعقد [1] ويستوجب الأجر بعمله.

---

(١) ولكن له خيار الرؤية فى كل عمل يختلف باختلاف المحل كالخياطة، فللأجير خيار الرؤية عند رؤية المخيط، فإن شاء أمضى العقد وإن شاء فسخ، وإذا كان العمل لايختلف باختلاف المحل لم يكن له خيار الرؤية. ويلزم بالمضى فى العمل، كالكيل فإنه لا يختلف باختلاف الحنطة مثلا. رد المحتار ج٥ ص٤٤.

والمعقود عليه بالنسبة للأجير الخاص منفعته فى المدة المبينة بالعقد، وإن شئت قلت: نفس الأجير أو وقته، ولذا يستحق الأجرة بتسليمه نفسه فى المدة، وإن لم يعمل شيئا كالموظف يستحق مرتبه إذا ماذهب إلى محل عمله وإن لم يجد عملا يقوم به، وكالطاهى يستحق أجرته وإن لم يحضر له المستأجر ما يطهوه من الطعام، واستحقاقه لها يكون بحسب المدة لابحسب العمل الذى يقوم به فيها، ويمتنع عليه لما ذكرنا أن يعمل فى مدة الإجارة لغير مستأجره، فإن عمل فيها لغيره نقص من أجرته بقدر ما أضاع من الزمن فى العمل للغير، كما لايجوز له أن يعمل لنفسه شيئا إلا مايقضى العرف بالتسامح فيه، حتى لقد ذهب بعضهم إلى أنه لايجوز له أن يشغل نفسه فيها بأداء النافلة من الصلاة، وهذا بخلاف الأجير المشترك، فإنه لايستحق الأجرة إلا بالعمل، فإذا لم يعمل لم يستحق، كالخياط والنجار والحمال[1].

أحكام كل منهما

١ـ استحقاق الأجرة: إذا سلم الأجير الخاص نفسه فى مدة الإجارة استحق الأجرة وإن لم يعمل، متى كان متمكنا من أن يقوم بعمله وإن منعه منه المستأجر فإذا سلم نفسه مريضا لايستطيع عملا لم يستحق أجرته.

وليس للمستأجر أن يمتنع عن إعطائه أجر المدة كلها وإن استغنى عنه فيها، بل يجب عليه أداؤها إليه متى لم يكن بالأجير عذر يجيز للمستأجر فسخ الإجارة كالمرض مثلا.

أما الأجير المشترك فلا يستحق أجرة إلا بالعمل وعلى حسبه كما تقدم. ولابد لاستحقاقه الأجر من تسليم عمله إلى المستأجر، فإذا تلف عمله قبل التسليم لم يستحق أجرا عليه، وذلك كخياط خاط ثوبا ثم فتقت خياطته قبل تسليم الثوب إلى مالكه فلا يستحق عليها الأجر إلا إذا أعادها، وكذلك إذا تلف المال «محل عمله» بما فيه من عمل قبل تسليمه إلى مالكه فإن الأجير لايستحق أجرا عليه عند الإمام وصاحبيه إذا لم يكن ضامنا لقيمته بهذا التلف، فإن ضمنها بسببه كان المالك

---

(١) ولهذا إذا استأجرت طبيا كل شهر بكذا ليعالج مرضى مستشفى معين كان أجيرا خاصا لقصدك إلى استجار منافعه في الزمن المحدد إلا إذا رخصت له بمعالجة غيرهم، فيكون مشتركا، ولكن إذا استأجرته لمعالجة مرضى هذا المستشفى على أن يعطى كل شهر كذا كان أجيرا مشتركا للقصد إلى استجاره للعلاج. ولايكون خاصا إلا إذا شرطت عليه ألا يعالج غيرهم. ا.هـ . من الدر المختار وحاشية رد المحتار «ج٥ ص٤٨».

بالخيار إن شاء ضمنه قيمة المال قبل العمل ولا أجرة له، وإن شاء ضمنه قيمته بعد العمل وله الأجرة.

وإذا تضمن عقد الإجارة بين المستأجر والأجير شرطا أداء الأجرة فى وقت معين، اتبع ذلك الشرط، فإن اتفقا علـى دفعها فى أول المدة او فى آخرها أو قبل تمام العمل أو بعده نفذ ذلك ولزم. وإن لم يشترط شيئا من ذلك ففى الأجير الخاص تعطى له الأجرة عند تمام كل مدة، وفى الأجير المشترك يختلف الحكم، فإن كان يعمل فى منزل المستأجر جاز له أن يطلب أجرة ما أتم من العمل المستأجر عليه وإن لم يتمه كله، لأنه قد سلم ماعمل، وإن كان يعمل فى غير منزله فليس له أن يطلب شيئا من الأجرة المتفق عليها إلا بعد تمام العمل وتسليم المال «محل العمل» إلى المستأجر. وقيل: لا يستحق الأجرة فى الحالين إلا بعد تمام العمل، لأنه لاينتفع ببعضه كما فى الخياطة مثلا، ولكن لو عجل له المستأجر الأجرة جاز وتملكها الأجير.

٢ ـ حبس محل العمل لاستيفاء الأجرة: وللأجير حبس محل عمله عنده حتى يستوفى أجرته، إذا كان لعمله أثر ظاهر فى المحل ـ كالصباغ والخياط ـ كانت الأجرة حالة. وفى هذه الحال إذا تلف المحل عنده فلا أجر له إذا لم يكن لتلف مستوجبا للضمان[1]، فإن كان مستوجبا للضمان فإن شاء المالك ضمنه القيمة قبل عمله ولا أجر له، وإن شاء ضمنه القيمة بعد تمام العمل وأعطاه أجرته.

وإن كانت الأجرة مؤجلة فحبسه لأجلها فتلف، فعليه الضمان ولا أجرة له إن ضمن القيمة قبل العمل.

وإذا لم يكن لعمله أثر فى العين كالحمال، فليس له حبس العين لأجل أجرته. فإن حبسها فتلفت كان عليه الضمان، ولا أجرة له إن ضمن القيمة قبل العمل، فإن ضمنها بعد العمل بطلب المالك كان له الأجرة.

---

(١) وذلك إذا لم يكن التلف نتيجة تعد أو تقصير؛ لأنه لما حبسه بحق كان أمانة فى يده لعدم التعدى بحبسه. راجع الدر المختار ورد المحتار عليه «ج٥ ص١٢» أقول: وفى ذلك التعليل نظر. لأن البائع يحبس المبيع بحق عند حبسه لأجل الحال من الثمن ومع ذلك يكون ضامنا له، وكذلك المرتهن فى حبسه الرهن، والوكيل بالشراء إذا حبس المبيع عن موكله حتى يدفع إليه الثمن. وقد رأيت فى البدائع أن هذه المسألة خلافية وأن عدم الضمان قول الإمام. وذهب صاحباه إلى الضمان. راجع البدائع «ج٤ ص٢٠٤».

وإذا تلف محل العمل قبل حبسه عن مالكه وبعد تمام العمل وكان فى حيازة الأجير فلا أجر للصانع، وأما الضمان فسيأتى حكمه، وإن كان فى حيازة المستأجر فله أجر ماعمل لوجود التسليم(١).

٣ ـ بيان المدة فى إجارة العامل: إذا لم تعين مدة الإجارة للأجير الخاص فسد العقد فى جميع الأحوال؛ لأن الزمن معه معيار لما يطلب منه من منفعة، فعند عدم ذكره يكون محل العقد مجهولا جهالة تفضى إلى النزاع فيفسد العقد، بخلاف الأجير المشترك، فإن تحديد مدة له قد يكون لتقدير المنفعة المطلوبة إذا كانت تمتد أزمانا كرعى الغنم مثلا، وعندئذ يجب ذكرها وإلا فسد العقد للجهالة. وقد يكون للاستعجال إذا كانت لاتمتد، كخياطة الثوب وخبز كيلة من الدقيق.

فإذا استأجر شخص حائكا ليخيط له هذا الثوب اليوم، أو خبازا ليخبز له اليوم هذا الدقيق، كان ذكر اليوم للتعجيل عند الصاحبين، وصحت الإجارة، وإذا لم يتم الأجير العمل فى هذا اليوم أتمه فى اليوم التالى. وذهب الإمام إلى أنها إجارة فاسدة؛ لأن ذكر المدة فيها مع هذا النوع من العمل مؤد إلى النزاع. فقد يحتج المؤجر بأن الأجرة على الزمن، فإذا أتم العمل فى نصفه لم تلزمه الأجرة كلها، ويحتج المستأجر بالعمل فيطالب بجميع الأجرة لأنه أتمه، ولكن إذا استأجره لذلك على أن ينتهى منه اليوم، أو على أن يبدأ اليوم جازت الإجارة اتفاقا.

٤ ـ إنابة الأجير غيره: لايجوز للأجير الخاص فى جميع أحواله أن يكلف غيره بإنجاز ما استؤجر لأجله، لأن العقد وقع على منافعه نفسه لا على عمل غيره، ويجوز للأجير المشترك إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه أن يكلف غيره بذلك العمل، لأن العقد وقع على العمل نفسه، سواء أقام به الأجير أم قام به غيره بتكليف منه، ويكون حينئذ ضامنا لما يتلف فى يد من كلفه عند الصاحبين.

٥ ـ عمل الأجير لغير من استأجره: لايجوز للأجير الخاص أن يعمل لغير المستأجر فى وقت العمل، فإذا عمل نقص من أجرته بقدر ما أضاع من الزمن فى هذا العمل؛ لأن منفعته فى ذلك الزمن ملك المستأجر، بخلاف الأجير المشترك فإنه يجوز أن يعمل لكل من يطلب منه العمل، وقد وتقدم هذا.

---

(١) راجع المبسوط ج١٥ ص١٠٣، والبدائع ج٤ ص٢١٠ ومابعدها.

٦ ـ **يد الأجير**: مال المستأجر فى يد الأجير الخاص أمانة، فإذا تلف فى يده لم يضمنه إلا إذا كان تلفه بتعد منه عليه أو تقصير، فإذا ماتلف الطعام من الطاهى أو انكسرت آنية من الخادم فلا يضمن أحدهما شيئا من ذلك وإن شرط عليه الضمان؛ لأنه شرط باطل مع الأمين [١]، وهو كذلك فى يد الأجير المشترك عند الإمام وزفر والحسن بن زياد [٢]، وهذا هو القياس، وفى رد المحتار [٣]: إن الأجير المشترك ضامن لما يتلف فى يده من مال المستأجر إذا تلف بفعل غيره ـ وكان يمكن الاحتراز عنه ـ فإنه لايضمن عنده ويضمن عندهما، وأفتى المتأخرون فى هذه الحال بالصلح على نصف القيمة مراعاة للقولين، وبناء على ذلك يضمن الحمال مايسقط من يده من متاع فيتلف، والمكارى مايسقط عن ظهر دابته فيتلف إذا انقطع الحبل الذى شد به على ظهرها، والطاهى المشترك مايفسد فى يده من طعام يقوم بطهيه اتفاقا، لأن التلف هنا بفعل الأجير، وكذلك إذا احترق المتاع عند الأجير بحريق ليس غالبا وكان بحيث يمكن الاحتراز عنه كان ضامنا له عندهما، وبه أفتى، خلافا به، وقد أفتى المتأخرون فى مثل هذه الحال بوجوب الصلح على نصف القيمة كما ذكرنا، فيضمن الأجير نصف قيمته فقط.

وأما إذا لم يمكن الاحتراز عنه كأن احترق بحريق غالب مثلا، فلا يضمن اتفاقا. وتضمين الأجير المشترك حيث لايضمن الأجير الخاص استحسان، ذهب إليه كثير من السلف حتى لايكون القول بعدم تضمينه فى هذه الأحوال سببا لضياع أموال الناس والتهاون فى حفظها، وحتى لايكون ذلك أيضا سببا فى عدم انتفاع الناس بأعمال الأجراء خوفا على أموالهم مع حاجتهم جميعا إلى ذلك.

---

(١) الدر المختار «ج٥ ص٤٥».

(٢) العناية على الهداية.

(٣) «ج٥ ص٤٥» والمبسوط «ج١٥ ص١٠٣» ومابعدها، والبدائع «ج٤ ص٢١٠» ومابعدها، ومجمع الأنهر «ج٢ ص٢٩٠» ومابعدها.

باب الأجرة

الأجرة ما جعله العاقدان بدلا عن المنفعة.

وكل ما صلح ثمنا صلح أجرة، ويصح أن تكون الأجرة كذلك منفعة من المنافع وإن كانت لاتصح ثمنا، غير أنه يشترط فى هذه الحال أن يكون جنس إحدى المنفعتين مغايرا لجنس الأخرى، كأن تستأجر دارا للسكنى بزراعة قطعة أرض، وذلك لكيلا تفسد الإجارة بشبهة الربا عند اتحاد جنس المنفعتين.

ويشترط فيها أن تكون معلومة علما يرفع الجهالة التى تفضى إلى نزاع، كأن يشار إليها، أو توصف وصفا يميزها عن غيرها كما فى الثمن.

ويصح تعجيلها بأدائها عقب الإجارة فى جميع الأحوال، وأن يشترط ذلك فى العقد إذا كانت الإجارة منجزة، أما إذا كانت مضافة فيكون شرطا فاسدا غير ملزم. لأنه يتنافى مع مقتضاها، فإن مقتضاها إرجاء آثارها إلى الوقت الذى إضيفت إليه، ومن آثارها: تملك الأجرة وأداؤها إلى المؤجر، فيكونان مرجأين بإضافتها إلى ذلك الوقت، فلا يصح مع ذلك مخالفة هذا المقتضى باشتراط تعجيلها، لأنه إلغاء لمقتضى العقد.

وإذا صح اشتراط التعجيل فى الإجارة المنجزة كان للمؤجر أن يمتنع عن تسليم العين المستأجرة إلى أن تؤدى إليه الأجرة المشترط تعجيلها، فإن لم تؤد كان له فسخ عقد الإجارة بسبب ذلك، كما يكون للأجير أن يمتنع عن العمل حتى يستوفى أجرته إذا كان قد اشترط تعجيلها، وله فسخ العقد إن لم تعجل إليه.

وكذلك يصح اشتراط تأجيلها وتنجيمها فى العقد فى جميع أحوالها فيلزم الشرط عند ذلك، وعندئذ لايجوز لمالك العين أن يحبسها حتى يستوفى الأجرة، ولايجوز للأجير أن يمتنع عن العمل لذلك، لأن الأجرة لاتلزم إلا إذا حل أجلها، فإذا لم ينص فى العقد على شىء من ذلك اتبع العرف، فإن اقتضى تأجيلا أو تعجيلا كان الأمر كما يقتضى، فإن لم يكن عرف لم يجب أداء الأجرة إلا عند استيفاء المنفعة، فإن كانت الإجارة على المدة كما فى إجارة الدار للسكنى والأرض للزراعة فإنها تجب وتؤدى عن كل مدة تمضى يمكن أن يجعل لها أجر معلوم بلا مشقة، وكذلك إذا وقعت على عدة أعمال كما فى قطع المسافات بالدابة المستأجرة

فإنها تؤدى عن كل مرحلة عند اجتيازها إذا ما تبين من العقد أجرة كل مرحلة بلا مشقة، وإن وقعت على عمل واحد كالخياطة فلا تؤدى الأجرة إلا بالفراغ من العمل كله، أما عند تمام بعضه فلا. لعدم الانتفاع به حينئذ، وقيل تؤدى عنه أيضا إذا سلم للمستأجر، كما إذا كان الأجير يعمل فى منزل المستأجر، لأن المنزل فى يده هو ومايحويه.

حكم الإجارة

الإجارة إما صحيحة وإما فاسدة وإما باطلة.

فإن كانت صحيحة نافذة أفادت المبادلة بين ملك المنفعة وملك بدلها هو الأجرة عند استيفاء المنفعة، أو عند التمكن من استيفائها بتسليم العين المستأجرة إلى المستأجر خالية من الموانع التي تحول دون الانتفاع بها فى مدة الإجارة ومكانها، لأن ذلك هو مايستطيعه المؤجر أو مايطلب منه فكان فى حكم الاستيفاء.

فإذا استوفى المستأجر شيئا من المنفعة أو تمكن من استيفائه على مابينا تملك المؤجر فى نفس الوقت بدل ما استوفى على حسب ما اتفق عليه من الأجرة، ذلك لأن عقد الإجارة عقد معاوضة يقتضى التسوية بين المتعاقدين فى تملك البدلين وتسلمهما حتى لايكونا جميعا فى ملك أحدهما فى وقت واحد إذا ما سبق أحدهما الآخر بتملك بدل صاحبه، وحتى لايمتاز أحدهما بأسبقية تسلمه لما تملك، ولذا قال الحنفية: إن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع، فكلما حدثت منفعة تمت المبادلة بينها وبين حصتها من الأجرة بمقتضى العقد، وذلك لايتأتى وقت إنشاء العقد لانعدام المنفعة فى حينه فيتأجل انعقاده إلى وقت وجودها باستيفائها، ولذا كانت الإجارة مضافة بطبيعتها وكان الارتباط فيها بين المتعاقدين ابتداء على اعتبار قيام العين المستأجرة مقام منافعها فى حق صحة الإيجاب والقبول وفى حق تسليم العين على المؤجر، فكانت منعقدة فى الحال بالنسبة لذلك، ولذا ترتب عليها فى الحال إلزام المؤجر بتسليم العين، وإلزام الأجير بالشروع فى العمل، وكانت في الواقع مضافة فى حق المنفعة إلى وقت حدوثها، فإذا تسلم المستأجر العين استحق المؤجر عليه الأجرة على الوجه الذى بيناه فى الأجرة، ولا يتملكها كلها إلا إذا عجلت فعلا أو شرط تعجيلها أو استوفى

المستأجر المنفعة المعقود عليها أو تمكن من استيفائها وذلك بتسليم العين المستأجرة فى مدة الإجارة ومكانها [1].

وقال الشافعى: يتملك المؤجر الأجرة كلها فى الحال بنفس العقد، ويجب تسليمها إليه عند تسليم العين المستأجرة؛ لأن الإجارة عقد معاوضة مالية، فيثبت الملك فى البدلين بنفس العقد.

ولا فرق فى هذا بين الإجارة المنجزة والإجارة المضافة، غاية الأمر أن المضافة لا يترتب عليها وجوب تسليم العين المستأجرة ولا الشروع فى العمل إلا عند حلول الوقت الذى أضيفت إليه، ولذا جاز للمؤجر أن يتصرف فى العين قبل حلول ذلك الوقت فتنفسخ الإجارة حينئذ، وذلك كما إذا باع العين المستأجرة قبل الزمن المضاف إليه، ومن هذا يظهر أن الإجارة المضافة غير لازمة بخلاف المنجزة فإنها لازمة، وقيل إن الإجارة بنوعيها لازمة فلا ينفرد أحدهما بفسخها بغير سبب موجب للفسخ، وستعرف الأسباب الموجبة له، وعلى هذا يمنع المؤجر من التصرف فى العين المستأجرة ولو كان العقد مضافا إذا ماترتب على نفاذ ذلك التصرف فسخ العقد، والقولان مصححان.

ومما ذكر يتبين أن الإجارة تخالف البيع، فإن البيع يفيد أثره فى المبادلة بين العوضين فى الحال وليست الإجارة كذلك.

وإن كانت فاسدة لعدم توافر شروط صحتها لم يترتب على العقد أى أثر، فلا يلزم المؤجر بتسليم العين المستأجرة، ولا يلزم الأجير بالشروع فى العمل، وذلك كما فى الإجارة مع جهالة الأجرة أو عدم بيان المدة أو مع تأجيل الأجرة إلى أجل مجهول، أو مع عدم بيان المنفعة، وكما فى الإجارة على عمل من الأعمال على أن تكون الأجرة جزءا من المال الذى هو محل للعمل، كأن تستأجر إنسانا ليطحن البر بجزء من دقيقه [2]، ولكن إذا ترتب عليها **استيفاء المنفعة فعلا** وكان ذلك بناء على تسليم المؤجر أو نائبه العين المستأجرة إلى المستأجر - فى الإجارة على منفعتها - وجبت الأجرة على المستأجر عوضا عما انتفع، ولكن الأجرة

---

(١) راجع الأشباه «ص٢٠٣» من الفن الثالث.

(٢) راجع الأشباه «جـ١ ص ١٣٥».

الواجبة هى أجرة المثل فى جميع الأحوال، ولاتجب الأجرة المسماة إلا في حال واحدة. وهى أن تكون الأجرة المسماة معلومة علما تاما وأقل من أجرة المثل، لأن اتفاق المتعاقدين عليها يعد تنازلا عما فى أجرة المثل من زيادة . وقال الشافعى: يجب أجر المثل أيضا فى هذه الحال، لبطلان هذا الاتفاق بسبب فساد العقد.

ولايترتب علي تمكين المستأجر فى الإجارة الفاسدة وجوب أجر المثل إلا فى ثلاث مسائل: هى أن تكون العين المستأجرة موقوفة، أو مملوكة ليتيم ، أو معدة للاستغلال، ففى هذه المسائل الثلاث تجب الأجرة بالتمكن، وإن كانت الإجارة فاسدة.

وإن كانت باطلة كان العقد لاغيا ـ ولم يترتب على الانتفاع المبني عليه أثر، لأن المنافع لاتتقوم إلا بالعقد كما قدمنا، وذلك فى غير المسائل الثلاث التى ذكرناها آنفا.

انتهاء الإجارة وبقاؤها: يستمر عقد الإجارة ما بقيت مدته، فإذا انتهت مدته انتهى ووجب رد العين المستأجرة إلى مالكها عند طلبها، ولا تبقى الإجارة بعد ذلك إلا لعذر يقتضى بقاءها، كما إذا انتهت المدة وفى الأرض المستأجرة زرع لم يستحصد فإنه فى هذه الحال يبقى فيها إلى أن يستحصد بأجر المثل، وكذلك إذا استأجر سفينة لمدة معينة فانتهت والسفينة فى عرض البحر لم تصل إلى غرضها : فإن الإجارة تبقى بأجر المثل حتى تصل السفينة إلى المكان المقصود وهكذا.

وهذا إذا لم يحدث قبل انتهاء المدة ماتنفسخ به الإجارة، أو تفسخ به، فإن حدث فى أثناء المدة ماتنفسخ به الإجارة انفسخت، إلا إذا وجد عذر يقتضى بقاءها. وذلك فى الأحوال الآتية:

(١) وفاة المستأجر عند الحنفية فلا يحل ورثته فى الإجارة محله، لأنها التزام ولا إلزام بغير التزام، ولأن المنافع لابقاء لها حتى تكون متروكة على ملك المتوفى ويرثها عنه ورثته، فلا تورث، وإذن تنتهى الإجارة بوفاته، وترد العين إلى مالكها، إلا إذا اقتضى بقاءها عذر، كما فى الأرض يكون فيها زرع لم يستحصد، ففى هذه الحال وأمثالها : تبقى الإجارة إلى استحصاد الزرع أو زوال العذر المقتضى

للبقاء بالأجرة المسماة مابقيت المدة التى تمت بها الإجارة، فإذا انتهت واحتيج إلى بقائها مدة أخرى بعد ذلك فإنها تبقى بأجر المثل حينئذ [١].

(٢) وفاة المؤجر، فإن العين المستأجرة تنتقل بوفاته إلى ورثته بالميراث، وذلك يستلزم انفساخ عقد الإجارة فيها، لأنها تتجدد كما قدمنا بحسب تجدد المنافع. وما يتجدد من المنافع بعد وفاة المؤجر يكون مملوكا لورثته، فلا ينفذ فيه عقده، ومحل ذلك كما قدمنا: ألا يوجد عذر يقضى ببقائها، وإلا بقيت على الأساس الذى بيناه، كما إذا توفى المؤجر قبل وصول الدابة المستأجرة براكبها إلى الغاية التى استؤجرت لأجلها. فإن الإجارة تبقى بأجر المثل فى هذه الحال، وكما في الأرض يكون فيها عند وفاته زرع لم يستحصد وقد بينا ذلك.

والمراد بكل من المستأجر والمؤجر من كان العقد له، سواء أباشره بنفسه، أم باشره عنه نائب، لا من باشر العقد لغيره، فلا تأثير لوفاة وكيل كل من المؤجر والمستأجر فى عقد الإجارة، ولا لوفاة ولى الصغير ولا للوصى عليه، ولا لناظر الوقف إذا ما باشروا عقد الإجارة عمن هم تحت ولايتهم، لأن هؤلاء لايتصرفون لأنفسهم، وإنما يتصرفون لغيرهم.

وإذا توفى المؤجر وقد عجل له المستأجر أجرة المدة التالية لوفاته، فإن أجرة هذه المدة ـ وقد انفسخت الإجارة فيها ـ تعتبر دينا عليه للمستأجر وتؤدى إليه من تركته. ويكون المستأجر بالنسبة إليها مقدما على الغرماء الآخرين فى الاستيفاء من ثمن العين المستأجرة، ولذا يكون له حبسها لديه حتى يستوفى ما عجله، فإذا بيعت فى هذه السبيل أخذ المستأجر من ثمنها أولا ما عجله من أجرة، ثم يكون

---

(١) قال الشافعى وأحمد: إذا توفى المستاجر لم ينفسخ بوفاته عقد الإجارة، ذلك لأنه قد تملك به من المنافع ما يورث ورثته عند الوفاة، فيقوم ورثته بعد وفاته فى استيفاء ماورثوه عنه من المنافع، وإذا لم يكن قد عجل الأجرة فإنها تكون دينا فى تركته تؤدى إلى المؤجر كما يؤدى غيرها من الديون، ومرد ذلك إلى أن المنافع عندهما أموال موجودة حكما حين العقد عليها. وذهب المالكية إلى أن ورثة المستاجر يجوز لهم عند وفاته أن يلتزموا للمؤجر بما بقى له من أجرة فيجب ذلك فى أموالهم، وعندئذ يقومون مقام مورثهم فيما بقى له من المنافع إذا رضى المؤجر بذمتهم، فإن لم يرض كان له حينئذ فسخ العقد. وإن أبى الورثة عند وفاة المستاجر أن يلتزموا بالأجر ويقوموا مقامه أجرت العين المستاجرة فى المدة الباقية وأعطيت أجرتها للمؤجر، حتى يستوفى مابقى من أجرة فإن بقى له بعد ذلك شىء استوفاه من تركة المستاجر، وإن فضل ضم شىء إليها.

الباقى لسائر الدائنين، ثم للورثة، فإن لم يوف ثمنها بالأجرة كان المستأجر فيما بقى منها كسائر الغرماء، ذلك هو مذهب الحنفية (١).

(٣) هلاك العين المستأجرة، فإذا استأجر دابة معينة للركوب أو للحمل فهلكت الدابة انفسخت الإجارة. أما إذا لم تكن الدابة معينة، بأن استأجر إنسانا ليحمل المتاع على دابة ما فحمل بعضه على دابة ثم تلفت لم تنفسخ الإجارة بهلاكها، واستمرت، وعلى المكارى أن يحمله على أية دابة أخرى.

(٤) غصب العين المستأجرة، فإذا غصبها من المستأجر غاصب لم يقدر على دفعه انفسخت الإجارة، وذهب بعض الحنفية إلى أنها لاتنفسخ، ولكن تسقط الأجرة فقط بسبب الغصب، ويجوز للمستأجر فسخها، وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا ردت العين قبل انتهاء المدة، فعلى القول الأول: لايلزم المستأجر بأن ينتفع بها المدة الباقية، وعلى الثانى : يلزم بها، وعليه حصتها من الأجرة، إلا إذا كان قد فسخ العقد عند قيام الغصب.

وتفسخ الإجارة بما يأتى:

(١) بخيار شرط أو خيار رؤية، وقد سبق أن تكلمنا عليهما بما فيه كفاية.

(٢) بخيار عيب، فللمستأجر أن يستقل بفسخها فى جميع الأحوال قبل قبض العين المستأجرة وبعده إذا حدث العيب قبل العقد أو بعده، سواء أكان قبل تسليم العين أم بعده، بشرط ألا يكون المستأجر قد رضى به، وبشرط أن يؤثر العيب فى الانتفاع بالعين، سواء أترتب عليه نقص الانتفاع أم زواله، لافرق بين الحالين فى ثبوت حق الفسخ للمستأجر مادام العيب قائما لم يزل، غاية الأمر أنه إذا ترتب على العيب زوال الانتفاع بالكلية سقط عنه الأجر، وإن لم يفسخ، وكان له أن يفسخ بغير حضرة المؤجر، بخلاف ما إذا أخل بالانتفاع فليس له الفسخ إلا بحضرة المؤجر كما قدمنا، ولم يسقط عنه أجر ما مضى من المدة لبقاء الإجارة مع

---

(١) وذهب الشافعى وأحمد ومالك إلى أن وفاة المؤجر لاتنفسخ بها الإجارة، لأن العين التي استؤجرت قد انتقلت إلى ورثته مسلوبة المنفعة، إذ إن المستأجر قد تملكها بعقد الإجارة طيلة المدة، فيلزمهم ألا يتعرضوا له فيها حتى يستوفى كل ما ملك من منافعها.

(ب) يجوز للمؤجر أن يطلب من القاضى فسخ [1] الإجارة إذا اضطر إلى بيع العين المستأجرة فى سداد دين ثابت بسبب مشاهد أو ببينة أو بإقرار - على رأى بعضهم - إذا لم يكن له مال آخر خلافها يمكنه أن يبيعه فى سداد ذلك الدين، لأن فى عدم بيعها ضررا به. إذ قد يؤدى ذلك إلى حبسه بسبب المطل، ولكن إذا كانت أجرتها معجلة وقيمتها لاتزيد عنها لم يكن له بيعها، إذ لافائدة من بيعها حينئذ. لأن دين المستأجر حينئذ مقدم على دين غيره.

(٤) وكذلك يجوز للمستأجر أن يفسخ إجارة الأجير إذا ماترتب عليها استهلاك عين له كما فى إجارة كاتب لينقل له هذا الكتاب على هذا الورق، وكما فى إجارة خياط ليخيط له هذا الثوب أو بناء ليبنى له هذا الجدار أو ليهدمه، أو زارع ليزرع له أرضه بهذا البذر، فإنه إذا مابدا له أن يعدل جاز له الفسخ، لأن فى استمرارها استهلاك مال له، وذلك ضرر به، فكان له الفسخ، ولعل مرادهم أنه لايكون له ذلك إلا إذا عدل نهائيا عن العمل المطلوب، وإذن فلا يكون له هذا الحق لمجرد إرادة تغيير العامل وإلا كان هذا الحكم محل نظر.

ومما تقدم يتبين أن الإجارة كما تبقى بالأعذار تنفسخ أو تفسخ بالأعذار على حسب مابينا، وهذا مبدأ عظيم الأثر جليل الخطر، ويجب ألا يترك لتقدير المتعاقدين إلا عند تراضيهما، أما إذا اختلفا فالواجب فيه الفسخ أم لا [2]. وقد خالف فى ذلك كله مالك والشافعى وأحمد، فذهبوا إلى أن الإجارة لايجوز فسخها بالأعذار ولابعدول المستأجر عن العمل الذى قصده منها، لأنها كالبيع فى لزومها ولا يفسخ البيع لمثل ذلك اتفاقا.

---

(١) الهندية ج٤ ص٤٥٩.

(٢) راجع الفتاوى الهندية ج٤ ص٤٥٨، وفتاوى قاضيخان ج٢ ص٣٥٢.

الجعالة

التعريف بها: الجعالة (بتثليث الجيم، وكسرها أشـهر) مايعطيه الإنسان لغيره نظير عـمل يقوم به كالجعل، وعند الـفقهاء: التـزام مال معلوم نظير عـمل معين معلوم أو لابسته جـهالة. مثالها عندما يكون العمل مـعلوما أن يقول شخص: من نقل متـاعى هذا إلى مكان كذا فله مبلغ كـذا من المال، ومثالهـا عند الجهل به أن يقول: من رد على فرسى الضال فله كذا من المال، فإن العمل الذى يباشره العامل فى هذه الصورة غـير معلوم؛ لأن كـيفيـة البحث وطرقـه ومقداره كل ذلك غـير معلوم.

وهذا الالتزام قد يكون لشخص معلوم كـما إذا قال الجاعل لفلان: إن قمت بكذا، فلك كذا، وقد يكون لشخص مجهول، كما فى المثالين السابقين.

وهذا العقد صحيح عند الشافعية والمالكية والحنابلة، استنادا إلى قوله تعالى: **﴿ولمن جاء به حمل بعـير وأنا به زعيم﴾** فإن ذلك من الجعالة، وقـد قصها القرآن علينا من غير اعتراض عليها، فكانت بذلك مشروعة.

ويتم من طرف واحـد ، مادام العمـل لم يشرع فيـه أحد، فـإن شرع فـيه شخص عالما به كان شروعه ارتباطا من ناحيته وتم به العقد بينه وبين الجاعل، فإذا قام بالعمل وأتمه وجـبت له الجعالة، وإن أتمه غيـر عالم به لم يستحق شـيئا؛ لأنه متبرع بعمله. «المهذب».

وهو على كل حال عقد غيـر لازم عندهم قبل تمام العمل ولازم بعد تمامه، فالشافـعى وأحمد يذهبان إلى أنه غيـر لازم قبل التمام، سواء استـجاب له أحد، فشرع فيه العمل أم لم يستجب له أحد، ولذا يجوز للجاعل أن يفسخه ويرجع عنه فى هاتين الحالين. فإن رجع قبل الشروع فيه ثم شرع فيه شخص عالما برجوعه لم يلزمه شيء مـن الجعالة لذلك العـامل، وإن شرع فـيه جاهلا به، فـالأصح عند الشافعيـة أنه لايستحق كذلك شيـئا على الجاعل، واستحسن البلقـينى أنه يستحق الجعل فى هذه الحـال. وإن رجع الجاعل بعـد الشروع فيـه كان للعامل أجـر مثل ماعمل.

وكذلك يجوز للعامل إن كان معينا أن يفسخ هذا العقد قبل شروعه فى العمل وبعد شروعه ولايستحق من الجعالة شيئا على ماعمل لرجوعه قبل تمام العمل، فإن كان غير معين فشرع فيه شخص كان له ألا يتم العمل، ولاشىء له على ما أتمه منه.

وذهب مالك إلى أنه غير لازم قبل الشروع فى العمل فقط، أما بعد الشروع فيه فإنه يلزم بالنسبة إلى الجاعل، فلا يملك أن يستبد بفسخه حتى لاينال العامل ضرر [1] ولايلزم بالنسبة إلى العامل، فله أن يمتنع عن إتمام العمل، وعندئذ لايستحق شيئا من الجعل، ولكن محل ذلك إذا لم ينتفع الجاعل بما أتم العامل منه، فإن انتفع به بأن استأجر من قام بإتمام العمل بناء على ماتم منه، كان له أجر مثله.

وذهب الحنفية إلى أن الجعالة إجارة فاسدة لعدم توافر شروط الإجارة فيها ولايجب فيها إلا أجر المثل بالعمل بشرط ألا يزيد عن المسمى.

شروطها: ويشترط فيها ما يأتى:

(١) أن تتوافر فى الجاعل شروط المؤجر التي بيناها فى الإجارة، فإن لم تتوافر كانت الجعالة باطلة لايترتب عليها أثر كجعالة الصبى والسفيه.

(٢) أن يكون العامل ذا قدرة على العمل وإن لم يكن بالغا، فيصح أن يكون صبيا مميزا وإن لم يأذنه وليه بذلك، ويستحق الأجر إذا قام بالعمل.

(٣) وأن تكون صيغتها دالة على التزام قائلها، فلاتصح الجعالة إذا ماأسندها قائلها إلى غيره، كأن يقول: إن فلانا يعطى من يفعل كذا أجرا هو كذا، لعدم التزام كل منهما.

(٤) أن يكون الجعل معلوما، فإن كان به جهالة تفضى إلى النزاع وجب أجر المثل عند القيام بالعمل.

ولايشترط فيها أن يكون العمل للجاعل، فتصح إذا قال شخص: من رد على فلان ضالته وهى كذا أعطيته جنيها، فإذا قام إنسان بردها استحق الجنيه على الجاعل لأنه الملتزم لا على مالك الضالة، لأنه لم يلتزم.

---

(١) الشرح الكبير للدردير ج٤ ص٦١، ٦٥.

وكذلك لا يشترط فى صحتها أن يكون العمل ذا منفعة للجاعل، وذلك الشرط محل خلاف بين العلماء، فمن قال: من يتسلق هٰذا الجبل فله منى كذا، لزمه الجعل إذا قام به إنسان عند فريق من العلماء، وقيل: لا يلزمه لعدم انتفاع الجاعل بمثل هذا العمل.

ولايشترط فى استحقاق الجعل عمل العامل بنفسه، فله أن يستعين بغيره فى أدائه، وتخالف الجعالة الإجارة فيما يأتى:

(١) فى جوازها مع جهالة العمل خلافا للإجارة.

(٢) فى صحتها عند عدم تعيين الطرف الآخر.

(٣) فى تمامها مع عدم القبول.

(٤) فى أنها غير لازمة قبل العمل.

(٥) فى أن الجعل إذا عجل فيها لم يملك بالتعجيل بخلاف الإجارة، فإن الأجرة إذا دفعت معجلا للمؤجر تملكها.

وتنفسخ الجعالة بموت الجاعل، وبجنونه وبإغمائه (١) إذا حصل قبل الشروع فى العمل، وكذلك إذا حصل بعد الشروع فيه عند الشافعى وأحمد، غير أنه إذا كان المتوفى هو الجاعل، وأتم العامل باقى العمل بعد الوفاة كان له أجر مثل ماعمل فى الحياة فقط، دون ماعمل بعد الوفاة، لبطلان الجعالة، فإن لم يتمه لم يستحق شيئا (٢)، وإذا كان المتوفى هو العامل فأتم العمل وارثه استحق بقدر ماعمل مورثه فقط، فإن لم يتم العمل وارثه لم يستحق شيئا على ما أتمه مورثه(٣).

وعند مالك لاتبطل بعد الشروع بموت الملتزم، ولابموت العامل، فيلزم الورثة بأداء الجعل من تركة الملتزم عند تمام العمل، ويقوم ورثة العامل بإتمامه عند وفاة مورثهم، ولهم الجعل عند إتمامه.

---

(١) خلافا للإجارة إذ لاتنفسخ بجنون أحد العاقدين ولا بإغمائه، الفتاوى الهندية ج٤ فى باب ماتنفسخ به الإجارة.

(٢) ذلك مايظهر لى من كلام صاحب النهاية وكشاف القناع إذ جعل استحقاق الجعالة بتمام العمل؛ لأن الجاعل لم يلتزم بشىء إلا نظير إتمام العمل وهو مايظهر من عبارة أسنى المطالب على الروض «ج٢ ص٤٤٣».

(٣) ذلك مايظهر لى وإن لم أره صريحا للعلة السابقة.

المزارعة

التعريف بها : عقد بين مالك أرض ومزارع على أن يزرعها ببعض الخارج منها وتسمى كذلك بالمحاقلة والقراح.

وهى عقد فاسد عند أبى حنيفة والشافعى ومالك، لورود الأثر بالنهى عنها، وأجازها الصاحبان وأحمد لحاجة الناس إليها، ولأن النبى ﷺ عامل أهل خيبر على نصف ما تخرجه أرضها من ثمر وزروع.

وهى إجارة فى الابتداء وشركة فى الانتهاء، ولذا كان المعقود عليه فيها إما منفعة الأرض إن كان البذر على المزارع، وإما عمل المزارع إن كان البذر على صاحب الأرض.

شروطها: يشترط فيها مايأتى:

(١) أهلية العاقدين لمباشرة عقود المعاوضات.

(٢) بيان مدة لها تتسع لزرع الأرض وإدراك مايزرع فيها، فإذا لم تبن مدة فسدت، وروى عن محمد أنها تصح وتقع على زراعة واحدة.

(٣) صلاحية الأرض للزراعة، لأنها المقصودة من العقد.

(٤) التخلية بين الأرض والمزارع، فإذا شرط على صاحب الأرض أن يعمل كذلك فسدت، لأن ذلك يحول دون التخلية ويؤدى إلى النزاع.

(٥) بيان نوع البذر الذى سيبذر فى الأرض للزراعة، ومن عليه ذلك البذر من العاقدين، ويكفى فى بيان ذلك العرف، فإذا كان العرف مشتركا لايعين أحد العاقدين فسدت.

(٦) بيان نصيب كل منهما فى الخارج.

(٧) الشركة فى الخارج، فإذا ذكر ماقد يمنع الشركة فسدت، وذلك كاشتراط رفع الخراج من الخارج ابتداء أو رفع البذر، أو رفع أي مقدار معين، فقد لايخرج منها سوى ما اشترط رفعه ابتداء، فلا تتحقق الشركة فى الخارج بين العاقدين.

حكمها: وهى عقد لازم إلا بالنسبة لمن شرط عليه البذر، قبل إلقائه فى الأرض، فله حينئذ أن يستقل بفسخها حتى لايجبر علىَّ إتلاف ماله وهو البذر ببذره فى الأرض، وقد ينبت وقد لاينبت، وإذا نبت فقد تصيبه آفة.

وإذا صحت المزارعة كان الخارج من الأرض بين صاحبها والمزارع على ماشرطا، فإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء للمزارع، إذ لااستحقاق له إلا فى الخارج.

وإذا كانت فاسدة فمضى فيها العاقدان كان على صاحب البذر أجر مثل الأرض إن كان المزارع، وأجر مثل المزارع إن كان مالك الأرض، سواء أخرجت الأرض شيئا أم لا، ولايزاد على ماشرط لهما فى العقد للرضا به [1] وهذا عند الشيخين وقال محمد: الواجب أجر المثل فى الحالين بالغا مابلغ لفساد الرضا والتقدير بسبب فساد العقد، فإن خرج شيء من الأرض كان لصاحب البذر؛ لأنه نماء ملكه.

انتهاؤها: تنتهى المزارعة بانتهاء مدتها، فإذا انتهت والزرع لم يدرك بقى الزرع فى الأرض وعلى المزارع أجر ماتشغله حصته فى الزرع من الأرض، وتكون النفقة حينئذ عليهما بقدر حصصهما.

وإذا مات مالك الأرض قبل انتهاء مدتها والزرع بقل وأراد المزارع المضى فى عمله كان له ذلك، وليس لورثة المالك منعه، كما أنهم لايملكون إجباره حينئذ على المضى فى العقد [2].

وإذا مات المزارع قبل إدراك الزرع كان لورثته أن يقوموا مقامه حتى يدرك، رضى بذلك مالك الأرض، أو أبى [3]، فإذا لم ير المزارع أو ورثته المضى فى العقد فى الحالين السابقين كان لمالك الأرض الخيار فى واحد من ثلاثة:

---

(١) وإنما يتأتى هذا فيما إذا جاءت الأرض بمحصول. أما إذا لم تخرج شيئا فلا يعلم مقدار المشروط حتى لايزاد عليه.

(٢) أما إذا كانت وفاته قبل البذر سواء أعد المزارع الأرض أم لا فإن المزارعة تبطل ولا شيء مقابل إعداده الأرض، ولايملك أن يمضى فى العمل، وإذا مات بعد البذر قبل النبات ففى انتهائها اختلاف المشايخ. راجع الفتاوى الهندية «ج٥ ص٢٥٤»، الدر المختار «ج٥ ص١٩٨».

(٣) أما لو مات قبل البذر فإن المزارعة تبطل وليس لوارثه أن يطلب المضى فى العمل إلا بعقد جديد.

(١) الإنفاق على الزرع ومحاسبة المزارع أو ورثته على مايخصهم من النفقة، ثم قسمة الخارج بينهم على الشرط.

(٢) قلع الزرع وقسمته فى الحال على حسب الشرط.

(٣) تملك حصة المزارع بقيمتها وقت إرادة ذلك فيخلص جميع الزرع له.

المساقاة

التعريف بها: المساقاة عقد على دفع الشجر أو الكرم أو مافى حكمها إلى من يقوم عليه نظير حصة شائعة معينة من الثمر وتسمى كذلك معاملة ومناصبة.

والمراد بالشجر وما فى حكمه كل ماينبت فى الأرض ويبقى بها للاستثمار سنة فأكثر ومحل العقد فيها عمل المساقى وهى إجارة فى الابتداء وشركة فى الانتهاء.

شروطها: يشترط فيها كل مايلائمها من شروط المزارعة التى بيناها وهى:

(١) أهلية المتعاقدين.

٢٠) التخلية بين المساقى والشجر.

(٣) بيان مدة يظن خروج الثمر فيها، فإن لم يبين لها مدة وقعت على أول ثمر يظهر، وإن بينت مدة قد يخرج فيها الثمر وقد لايخرّج، ثم لم يخرج فيها ظهر فسادها وكان للمساقى أجر مثل عمله.

حكمها: يرى أبو حنيفة أنها فاسدة لأنها فى معنى الإجارة بجزء من المال المستأجر عليه.

وذهب صاحباه والأئمة الثلاثة إلى أنها صحيحة لورود الأثر بها فى تعاقد النبى ﷺ مع أهل خيبر.

وأثرها عندهم ثبوت الشركة فى الخارج من الثمر كالمزارعة، غير أنها تخالفها فى أنها لازمة فى جميع أحوالها.

وإذا انتهت مدتها استمر المساقى فى العمل بلا أجر إلى إزهاء الثمر.

وإذا حددت لها مدة لايحتمل فيها خروج الثمر فسدت وكان للمساقى أجر المثل إذا عمل.

وإذا صحت المساقاة فلم يثمر الشجر فى المدة التي ذكرت فلا شىء لأحد العاقدين على الآخر، لأن ذلك لايكون إلا لآفة فلا يتبين فساد العقد حينئذ.

ومايترتب على انتهاء المدة فى المزارعة، وعلى موت أحد طرفيها من الأحكام يترتب مثله على انتهاء المدة فى المساقاة، وعلى موت أحد طرفيها من الأحكام، لافارق بينهما فارجع إليه.

العارية

العارية: تمليك المنفعة بالمجان حال حياة المملك، فتميزت عن البيع لأنه تمليك عين، وعن الإجارة لأنها تمليك المنفعة بمال، وعن الوصية بالمنفعة لأنها تمليك بعد الوفاة، وتطلق العارية كذلك على العين المستعارة، ويسمى المملك معيرا والآخذ مستعيرا.

ركنها: وركنها الإيجاب من المعير والقبول من المستعير.

وتنعقد بكل لفظ يفيد التمليك مجانا كأعرتك أرضى ومنحتك ثوبى لتلبسه وأعطيتك سيارتى لتحملك إلى مكان كذا، وبالفعل متى دل عليها صاحبه من القرائن كأن يذكر شخص لآخر حاجته إل قلم ليكتب به هذا الكتاب فيعطيه إياه بلا لفظ.

ولاتتم العارية ولا يترتب عليه أثرها، إلا بالقبض لما قدمنا، فإذا قبض المستعير العين المستعارة تم العقد وترتب عليه أثره وهو ملكه المنفعة ملكا غير لازم.

وذهب مالك إلى أنها تلزم بمجرد القبول مادام المعير حيا.

وذهب الشافعى وأحمد إلى أنها لاتفيد تمليكا، وإنما تفيد إباحة فقط، وإلى هذا ذهب بعض الحنفية كالكرخى [1].

شروطها: يشترط فى كل من المعير والمستعير مايشترط فى المؤجر والمستأجر، ويشترط فى العين المستعارة أن ينتفع بها مع بقائها، فلا تجوز إعارة النقود لاستهلاكها. وكذلك يشترط تعيينها، فإذا أعار شخص سيارة من سياراته لم تصح العارية إلا إذا جعل له أن يأخذ ماشاء منها.

حكمها: والعارية غير لازمة، سواء أكانت مطلقة، أم مقيدة بمدة، فإذا قيدت بمدة معينة، جاز للمعير استردادها قبل مضيها، ولكن إذا ترتب على استردادها ضرر كالأرض تستعار لزراعتها ثم تسترد والزرع لم يدرك فإنها تترك فى يد المستعير حتى يستحصد الزرع بأجر المثل منعا للضرر.

فإن استعيرت للبناء أو الغراس ولم تقيد بمدة جاز استردادها فى أى وقت، وكلف المستعير القلع إذا كان لايضر بالأرض، ويجوز أن يتملكه المعير حينئذ بالاتفاق مع المستعير. فإذا أضر بالأرض لم يمكن المستعير من القلع، وجاز للمعير أن يتملكه جبرا عنه بقيمته مستحق القلع.

وإن كانت مقيدة بمدة فرجع المعير قبل مضيها، ضمن الفرق بين قيمة البناء أو الغراس مستحق القلع الآن، وقيمته مستحق القلع عند مضى المدة إن لم يضر القلع بالأرض، فإن أضر بها تملكه المعير بقيمته مستحق القلع عند مضى المدة جبرا عن المستعير.

وذهب مالك إلى أن العارية تلزم إذا قيدت بمدة معينة لوجوب الوفاء

---

(١) ووجهتهم أنها تنعقد بلفظ الإباحة، وتبطل بنهى المعير المستعير أن ينتفع، ولايملك المستعير أن يؤجر، ولا يشترط فيها بيان مدة الانتفاع، وكل ذلك دلائل عدم الملك، لأن الملك لايثبت بلفظ الإباحة، ولايفيد معه نهى عن الانتفاع، ولايمنع المالك معه من أن يتصرف فيما يملك، ولايصح مع الجهالة. ووجهة الحنفية أنها تنعقد بألفاظ التمليك كملكتك منفعة كذا وأعرتك، ويجوز للمستعير أن يعير غيره وذلك تصرف لايكون إلا من المالك، فيكون أثرها التمليك لا الإباحة. وإنما انعقدت بلفظ الإباحة فلإفادتها التمليكمجازا. ولم يكن إلا عن الانتفاع، مبطلا لها، وإنما اعتبر منهيا لها لإفادته الرجوع وطلب الاسترداد، ولم يملك المعير ـ أن يؤجر محافظة على حق المعير فى جواز رجوعه متى شاء، ولو صح له أن يؤجر لمنع ذلك المعير من الرجوع فى عاريته أثناء مدة الإجارة التى باشرها المستعير، لأن الإجارة عقد لازم، إذ لو جاز له الرجوع فى أثنائها لانقلبت الإجارة عقدا غير لازم لانفساخها قبل انتهاء مدتها برجوع المعير فى أى وقت شاء، وهذا تغيير للمشروع. وإنما لم يشترط فيها بيان المدة لأن الجهالة فيها لاتفضى إلى نزاع لأنها تبرع غير لازم فيجوز للمعير أن يرجع فى أى وقت شاء.

بالعقد، وكذلك تلزم إذا أطلقت واقتضى العرف تقييدها بمدة. فلا يجوز استردادها قبل انتهائها على الأصح عنده، ولذا لاتنتهى بموت المستعير فى هذه الحال، بل يستوفى وارثه المنفعة إلى نهاية المدة المعنية بالنص أو بالعرف.

يد المستعير: والعارية فى يد المستعير أمانة لا تضمن إلا بالتعدى عليها أو التقصير فى حفظها، فإذا تلفت هلكت على مالكها ـ وإن شرط ضمانها على المستعير عند إعارتها ـ لأنه شرط باطل، فيبطل وتصح العارية.

وفى التبيين: أن المعير إذا شرط على المستعير كانت يده عليها يد ضمان فيضمنها إذا تلفت عنده، ولو من غير تعد أو تقصير [1].

وذهب الشافعى إلى أن يده عليها يد ضمان فى جميع الأحوال حتى إذا شرط عدم ضمانها لغا الشرط، وذلك لما روى أن رسول الله ﷺ حين استعار من صفوان بن أمية دروعه يوم حنين قال صفوان : أغصب يامحمد ؟ فقال عليه السلام: «لا، بل عارية مضمونة».

أنواعها وكيفية الانتفاع بالعين: العارية إما مطلقة وإما مقيدة، فإن كانت مطلقة انتفع المستعير بالعين المستعار الانتفاع الذى يريده، غير متجاوز فيه المعروف عرفا. لأنه كالمشروط، فإذا تجاوزه كان معتديا فى ذلك، فإذا تلفت بسبب ذلك أو نقصت كان ضامنا لقيمتها أو نقصها، فإذا استعار دابة خاصة بالركوب، ولم يذكر فى العقد أنه يستعيرها ليركبها لم يجز له أن يحمل عليها، لأن العرف يقيد الانتفاع بها فيخصه بركوبها، وكأن ذلك قد شرط فليس له أن يحمل عليها لذلك.

وإن كانت مقيدة بنوع من الانتفاع، أو بزمن أو بمكان تقيدت فبما قيدت به فلا يجوز للمستعير مجاوزته إلى ماهو أشد ضررا كما قدمنا فى الإجارة، فإذا تجاوزه إلى ماهو أشد ضررا فتلفت أو نقصت كان ضامنا.

تصرف المعير فى المنفعة: ليس للمعير أن يؤجر العارية لما قدمنا من أن الإجارة لازمة، والعارية غير لازمة، أما إعارته إياها فهاك حكمها:

---

(١) راجع الأشباه والحموى عليه «ج١ ص١٣٢».

إذا كان الانتفاع بالعارية لايختلف باختلاف المستعمل كحمل شيء خاص على دابة جاز للمستعير أن يعيرها لغيره لمثل هذه المنفعة، سواء أعين المنتفع أم لم يعين، ذلك لأنه إذا عين المنتفع فى العارية فالتعيين لايفيد لأن الانتفاع لايختلف باختلاف المستعمل. فكان المستعير وغيره سواء، وإن لم يعين، فالأمر ظاهر.

وإن اختلفت فتحت ذلك صورتان: إحداهما، أن يعين المنتفع، وعندئذ لايجوز إعارتها لغيره، فإذا استعار شخص العين على أن ينتفع بها هو لم يعطها لغيره، وإذا استعارها على أن يركبها فلان لم يجز أن يركبها المستعير.

ثانيتهما: ألا يعين المنتفع، وفى هذه الحال تتقيد العارية بأول منتفع بها، فلا تعار لغيره بعده، فإن انتفع هو بها فعلا لم يعرها لغيره، وإن أعارها لغيره ابتداء فانتفع بها لم يجز له أن ينتفع هو بها، وهذا ما اختار فخر الإسلام، واختار شمس الأئمة السرخسى أنها لاتتقيد بأحد فى هذه الحالة[1].

نفقات العارية: ونفقات العين المستعارة سواء أكانت لازمة لحفظها أم لحياتها أم لردها إلى معيرها واجبة على المستعير، فإذا كانت حيوانا فعلفه على المستعير وقت عاريته، وإذا أراد رد العارية إلى مالكها وجب عليه أن يقوم نفسه بذلك إن كانت من الأشياء النفيسة وأن يسلمها إلى المعير نفسه، فإذا ردها بواسطة رسول أو سلمها لغير مالكها فتلفت كان عليه ضمانها، وإن لم تكن من الأشياء النفيسة كان له ردها بواسطة أمينة، ويكفى أن تسلم إلى المعير أو إلى من هو فى عياله ممن لاينكر العرف تسليمها إليه، فإذا هلكت بعد ذلك لم يكن ضامنا.

انتهاء العارية: تنتهى العارية بمضى مدتها إذا كانت مقيدة بمدة، فإن كانت مطلقة انتهت بطلب المعير ردها، أو بموت كل من المعير والمستعير، وذهب مالك إلى أنها إذا قيدت بمدة لم تنته إلا بمضيها.

---

(١) راجع مجمع الأنهر «ج٢ ص٣٤٨» وتكملة رد المحتار «ج٢ ص٢٧٧»: وعلى هذا إذا شرط المعير على المستعير فى العارية ألا يعيرها لغيره وجب العمل بهذا الشرط عندما يكون الانتفاع بالعارية مما يختلف باختلاف المستعمل. أما عند عدم اختلافه فهو باطل، لأنه مخالف لمقتضى العقد. أقول: ولماذا لايكون دليلا على أن المراد بالعارية الإباحة فتتقيد به؟.

الوديعة

التعريف بها: الوديعة عقد يفيد تسليط المالك غيره على حفظ عين من ماله، ويسمى المالك مودعا، والحافظ وديعا ومستودعا، والمال وديعة.

ركنها: وركنها الإيجاب والقبول، ويكونان باللفظ الدال على الإيداع وقبوله صراحة، كأودعتك هذا الكتاب وقبلت، وبالفعل الدال على ذلك أيضا كوضع الحيوان فى الحظيرة المعدة للإيداع أمام حارسها بدون لفظ، وكترك متاع أمام جالس ينظر إليه بدون اعتراض منه كما يحصل فى المساجد عادة فتتم الوديعة بمثل هذا لدلالته عليها عرفا. وبهذا يتبين أن الوديعة أخص من الأمانة. فإن الأمانة لايلزم أن تكون نتيجة عقد، فاللقطة فى يد الملتقط أمانة، وليست وديعة، وعلى ذلك فكل وديعة أمانة، وليس كل أمانة وديعة.

شروطها: يشترط فى الوديع أن يكون مكلفا فلو استودع صبى مميز أو غير مميز فاستهلك الوديعة فلا ضمان عليه لوجود التسليط من المودع. وأن يكون المودع مميزا، وأن تكون الوديعة قابلة لوضع اليد عليها، فلا ينعقد إيداع طير فى الهواء، ولا تتم إلا بالقبض كالعارية.

حكمها : يترتب على تمامها بالقبض مايأتى:

(١) وجوب الحفظ على الوديع، فيلزمه أن يحفظها بما لاينكره عليه العرف.

(٢) ودفعها إلى المودع عند طلبه، فلا يجوز للوديع أن يؤخر ردها بعد الطلب، فإذا لم يجب إلى ذلك فورا فتلفت ضمن. ولايجوز للوديع أن يسلمها إلا إلى مودعها أو رسوله، فلو سلمها لغيرهما فتلفت ضمن إلا إذا أكره على ذلك إكراها ملجئا. ومئونة ردها على مالكها لا على الوديع.

وإذا توفى المودع أو الوديع ظلت أمانة فى يد الوديع أو ورثته، فإذا طلبها المودع أو ورثته سلمت إليهم إن وجدت فى تركة الوديع، فإن لم توجد ضمنها وأدى الضمان من التركة، لأن الأمين يضمن بموته مجهلا الأمانة.

(٣) وأنها فى يد الوديع أمانة لاتضمن إلا بالتعدى عليها أو بالتقصير فى حفظها، ومحل ذلك إذا لم يكن الإيداع بأجر، فإن كان بأجر كان الوديع أجيرا، وكان ضامنا لها إذا هلكت بفعل يمكن الاحتراز عنه، ولو لم يكن منه تقصير.

وإذا شرط المودع على الوديع شروطا فى طريقة حفظها وجب اتباعها إذا كانت مفيدة فإذا خالفها فتلفت الوديعة كان ضامنا لها لتقصيره بالمخالفة، ومحل ذلك إذا لم تكن المخالفة لضرورة، كأن يشترط المودع عليه أن يحفظها فى منزل معين فيضطر إلى نقلها منه لاشتعال النار فيه. فإذا هلكت بعد ذلك بدون تعد لايضمن.

هذا، وليس للوديع أن ينتفع بالوديعة أى انتفاع، فإذا انتفع كان متعديا بانتفاعه، فإذا تلفت ضمنها، وإذا أذنه المودع بالانتفاع صارت عارية لاوديعة، وكذلك ليس له أن يتصرف فيها بإيداع أو إجارة أو إعارة أو رهن، ولا أن يسافر بها إلا إذا اضطر إلى السفر ولم يمكنه أن يتركها عند عياله، لأنه لاعيال له يمكن أن يعهد إليهم فى حفظها، وضمان الوديعة يكون بأداء مثلها إن كانت مثلية، وبأداء قيمتها إن كانت قيمية، كما قدمنا ذلك غير مرة.

الرهن

التعريف به : الرهن فى اللغة حبس الشىء بأى سبب، ومنه قوله تعالى فى سورة المدثر ٣٨ : ﴿ **كل نفس بما كسبت رهينة**﴾ أى محبوسة بجزاء عملها.

وعند الفقهاء: حبس مال بحق يمكن أن يستوفى كله منه أو بعضه، كما إذا كان عليك دين لآخر فأعطيته ساعتك رهنا به إلى أن تؤديه إليه، فإن هذه الساعة مال جعلته محبوسا فى الدين الذى عليك، وهذا الدين حق يمكن أن يستوفى كله من ثمن الساعة إذا بيعت بما لايقل عن الدين، أو بعضه إذا مابيعت بأقل من الدين، وبمقتضى التعريف لايعد من الرهن حبس ما ليس بمال نظير حق مالى، ولا حبس مال نظير قصاص، لأنه حق لايمكن استيفاؤه من المال.

وليس من الضرورى أن يكون الحبس لدى صاحب الحق، بل قد يكون عنده، وقد يكون عند أمين يتفق عليه الدائن ويسمى بالعدل، وليس من الضرورى كذلك أن تكون قيمة الرهن أكثر من الدين أو مساوية له، بل قد تكون أقل منه.

وقد يكون الرهن من جنس الدين كما فى رهن صرة من النقود نظير دين معين من النقود،وقد يكون من غير جنسه.

ومعطى الرهن يسمى راهنا وآخذه يسمى مرتهنا والعين المرهونة تسمى رهنا ورهينة ومرهونة، والفعل رهن إذا أعطى رهنا، وارتهن إذا أخذ رهنا.

ركنه: ركنه الإيجاب والقبول، وقيل ركنه الإيجاب فقط والقبول شرط، وعلى كل حال فلا يتم إلا بالقبض لقوله تعالى فى آخر سورة البقرة **﴿فرهان مقبوضة﴾**، وهذا محل اتفاق.

شروطه: لايتحقق رهن إلا بوجود راهن ومرتهن ومرهون، ومرهون به، ولكل شروط.

١ - **شروط الراهن:** يشترط فى الراهن أن يكون أهلا للمعاوضة المالية، فرهن فاقد الأهلية باطل، ورهن ناقص الأهلية كالصبى المميز أو من ألحق به كالسفيه متوقف على إجازة الولى أو القيم، لأنه من قبيل التجارة كما فى البدائع فيصح منهما متوقفا على الإجازة، وكذلك رهن المحجور عليه بدين مستغرق يتوقف على إجازة بقية الدائنين لأنه استيفاء من وجه، ولايملك المحجور عليه بسبب الدين تفضيل دائن على آخر فى الوفاء.

٢ - **شروط المرتهن:** يشترط فى المرتهن ما يشترط فى الراهن من أهلية المعاوضة لأن الارتهان استيفاء للدين وجه كما ذكرنا، ولا يستوفى الدين إلا من توافرت فيه أهلية المعاوضة، وذلك مايفهم من البدائع.

٣ - **شروط المرهون:** يشترط فى المرهون أن يكون مالا متقوما مقدور التسليم مميزا من غيره محوزا غير مشغول بملك الراهن.

وينبنى على ذلك ألا يصح رهن محصول أرض قبل ظهوره لعدم وجوده، ولا رهن خمر لدى مسلم لعدم تقومه، ولا رهن طير فى الهواء لعدم القدرة على تسليمه، ولا رهن مشاع لعدم تميزه، سواء أكان الشيوع فيما يقبل القسمة أم فيما لايقبلها، سواء أكان للشريك أم لغيره [1].

---

(١) وفى رأيى أن ليس لاشتراط عدم الشيوع وجه مقنع وخاصة إذا كان المرتهن هو الشريك لإمكان تحقق اليد الكاملة، ولذلك أجاز الشافعى رهن المشاع مطلقا لقبوله البيع الذى هو طريق لاستيفاء الدين من الرهن.

وكذلك لايصح رهن الثمر على الشجر بدون الشجر لعدم إمكان حيازته على هذه الصفة، ولا رهن دار مشغولة بأمتعة الراهن، أما إذا كان شاغلا لملك الراهن كرهن الأمتعة فى البيت، فإنه يجوز بالتخلية بين المرتهن وبينها متى تمكن من قبضها.

٤ ـ **شروط المرهون به**: يشترط فى المرهون به أن يكون دينا أو عينا مضمونة بنفسها، ونريد بالدين ماكان ثابتا فى الذمة وقت الرهن أو موعودا به فى ذلك الوقت ولما يثبت، فإذا طلبت من صديقك أن يقرضك مبلغا من المال، فقال: لا أفعل إلا إذا أعطيتنى به رهنا، فأعطيته به رهنا قبل الإقراض صح ذلك رهنا، لأن الدين موعود به حين الرهن.

ونريد بالعين المضمونة بنفسها أن تضمن عند الهلاك بمثلها أو قيمتها، كالعين المغصوبة والعين التي عينت مهرا لزوجة. أما إن كانت مضمونة بغيرها كالمبيع فى يد البائع (إذ إنه مضمون بالثمن) أو غير مضمونة أصلا كالوديعة فى يد الوديع فلا يصح إعطاء رهن بها، وعلى هذا إذا أعطى الغاصب رهنا بما غصب لمن اغتصب منه صح ذلك، ولا يصح إعطاء الوديع رهنا بالوديعة ولا البائع رهنا بالمبيع.

هذا ولايشترط فى الراهن أن يكون مالكا للرهن بل يجوز الرهن من غير المالك إذا كان أبا أو وصيا فيجوز لكل منهما أن يرهن مال موليه بدين على نفسه، وعللوا ذلك بأنه يجوز لكل منهما إيداع مال الصغير فيكون أمانة فى يد الوديع إذا هلك من غير تعد هلك على الصغير، وإذا جاز الإيداع كان جواز الرهن أولى لأنه أقل ضررا من الوديعة، إذ العين المرهونة إذا هلكت من غير تعد لم تهلك مجانا كما تهلك الوديعة، فلا تضيع قيمتها جميعها بهلاكها على الصغير، وإلى هذا ذهب الطرفان، وخالف فى ذلك أبو يوسف، لأن الرهن فيه معنى التبرع، فلا يجوز من الولى.

وإذا لم تكن للراهن ولاية لم ينفذ رهنه مال غيره فى دين على نفسه إلا بإذن مالكه أو بإجازته، ويسمى حينئذ بالرهن المستعار، وفى هذه الحال يتقيد الراهن بما يقيده به المالك، فإذا قيده بقدر من الدين أو بدائن معين أو ببلد معين فلا يجوز له مخالفة ذلك إلا إلى خير منه.

حكم عقد الرهن: لايتم الرهن ولايكون لازما بمجرد صدور الإيجاب والقبول. وعلى ذلك لايلزم الراهن بالمضى فيه، قبل تسليم المرهون، فله أن يرجع عنه، فإذا تسلم المرتهن المرهون لزم بالنسبة للراهن فلا يكون له أن يفسخه، ولايملك استرداده ورفع يد المرتهن عنه، ولكنه لايلزم بالنسبة للمرتهن فله أن يفسخه ويرد المرهون إلى مالكه، وذهب الإمام مالك إلى أن الرهن لايتم إلا بالقبض، ولكنه يلزم بصدور الإيجاب والقبول. فيلزم الراهن بالمضى فيه مادام حيا، فإذا مات بطل، ويترتب على تسليم الرهن إلى المرتهن الآثار الآتية:

أولا-حق الحبس : فيكون للمرتهن حق حبسه إلى أن يستوفى الدين الذى رهن به ولايجوز له أن يحبسه بدين آخر لم يرهن به، سواء أكان سابقا على الرهن أم لاحقا به.

وإذا تعدد الدائنون فأعطاهم المدين رهنا واحدا بديونهم جاز لهم أن يتفقوا على حبس الرهن عند أحدهم أو عند عدل يختارونه أو يتهايئوا حفظه فيحبسه كل منهم مدة معينة، وإذا كان الرهن مما يتجزأ دون ضرر جاز لهم أن يقتسموه بينهم بنسبة ديونهم فيحتبس كل منهم ماخصه منه، وعلى أية حال فليس للراهن أن يطالب بتسليمه أو بتسليم أى جزء منه إلا إذا أدى جميع ديون المرتهنين، فإذا أدى دين واحد منهم لم يكن له أن يسلم إليه ماقام على حبسه من الرهن لأنه لايزال محبوسا بالنسبة لديون الآخرين وهو نائب عنهم فى حبسه.

ثانيا: حبس الرهن بأى جزء من الدين: للمرتهن أن يحتبس الرهن جميعه عنده مابقى له جزء من الدين المرهون به، لأنه محبوس كله بجميع الدين، فلا يسلم إلا بسداده كله، ولكن إذا كان الرهن شيئين وعين لكل منهما وقت الرهن مقدار من الدين فإنه يجب تسليم أى الشيئين عندما يؤدى مارهن به من الدين.

ثالثا: حق المطالبة بالدين مع الرهن: لايمنع الرهن المرتهن من حقه فى المطالبة بدينه متى كان حالا، لأن الرهن للتوثيق والدين معه قائم، فإذا كان حالا كان لصاحبه حق المطالبة به.

وإذا حضر الدين لم يسلم إلى الدائن إلا بعد إحضار الرهن، إذ لاموجب لبقائه فى يد المرتهن بعد وفاء الدين.

رابعا: اختصاص المرتهن بالرهن: يكون المرتهن أحق بالرهن من سائر الغرماء،وعلى ذلك إذا كان على الراهن ديون كثيرة لاتفى بها أمواله وبيع الرهن لسداد الدين كان للمرتهن أن يستوفى دينه أولا من ثمنه، فإن وفى فبها وكان الباقى منه لسائر الغرماء، وإن لم يوف كان المرتهن أسوة الغرماء فى بقية دينه.

خامسا: تأثير الموت فى الرهن: لا تأثير لوفاة كل من الراهن والمرتهن فى الرهن، فإذا توفى الراهن لم يكن لوارثه طلب العين المرهونة من المرتهن إلا إذا وفى الدين، وذلك لأنه ورث العين محملة بحق المرتهن، فلا يستخلصها إلا بإيفائه حقه، وإذا مات المرتهن قام وارثه فى احتباس الرهن مقامه؛ لأن حق الاحتباس حق مالى ينتقل بالوراثة إلى ورثة المرتهن.

سادسا: الانتفاع بالرهن: لايجوز لكل من الراهن والمرتهن الانتفاع بالرهن إلا بإذن الآخر؛ لأن الرهن باق على ملك الراهن، وحق المرتهن متعلق بماليته لابمنافعه فلا ينتفع به إلا بإذن مالكه وهو الراهن، وكذلك ليس للراهن يد عليه لأنه فى يد المرتهن ولايمكنه الانتفاع به إلا بقبضه منه وهو لايكون إلا بإذنه، غير أنه إذا أذن الراهن المرتهن بالانتفاع وكان ذلك شرطا فى ثبوت الدين أو غرضا فيه لم يحل للمرتهن أن ينتفع لشبهة الربا.

وإذا سلم المرتهن الرهن للراهن لينتفع به فسد الرهن لفوات شرط الرهن وهو بقاء الرهن فى يد المرتهن، ولكن يكون للمرتهن فى هذه الحال حق استرداده، فإذا استرده ارتفع الفساد وعاد الرهن صحيحا [1].

وإذا أذن الراهن المرتهن بأن ينتفع بالرهن ثم تلف الرهن حال انتفاعه به فإنه يهلك هلاك الأمانة لا هلاك الرهن، لتحول يد المرتهن حينئذ بالإذن إلى يد مستعير، فتكون يد أمانة لا يد ضمان، أما إذا هلك قبل الانتفاع به فعلا أو بعد انتهاء الانتفاع به فإنه يهلك حينئذ هلاك الرهن أى بالأقل من قيمته ومن الدين.

---

(١) ولو توفى الراهن قبل أن يسترده المرتهن فالمرتهن مع ذلك أحق به من سائر الغرماء لبقاء عقد الرهن. الدر المختار «ج٥ ص ٣٦٣».

حكم الرهن المستعار: وإذا كان الرهن مملوكا لغير الراهن وقد استعير لذلك فللمعير أن يستخلصه بأداء الدين إلى المرتهن ثم يرجع به على الراهن إن كان مساويا لقيمة الرهن أو أقل منها، فإن كان أكثر من قيمة الرهن لم يرجع إلا بقيمة الرهن، ولا يرجع بما زاد من الدين عليها لأنه يعد متبرعا به، إذ كان له أن يشترط على الراهن ألا يزيد الدين على قيمته.

وعلى المرتهن فى هذه الأحوال أن يسلم الرهن إلى مالكه «المعير» إلا إذا كانت قيمته أكثر من الدين فعند ذلك لايجبر على التسليم، لأن مافى الرهن من زيادة عن الدين يعتبر أمانة فى يد المرتهن من قبل الراهن فيحتاج إلى إذنه فى تسليمه لغيره.

وضع الرهن تحت يد العدل: إذا اتفق الراهن والمرتهن على أن يكون الرهن تحت يد عدل جاز ذلك وقام قبضه مقام قبض المرتهن وترتب على ذلك جميع مابينا من الأحكام. وليس للعدل فى هذه الحالة أن يسلمه إلى واحد منهما إلا باتفاقهما؛ لأنه وديع الراهن بالنسبة للعين ووديع المرتهن بالنسبة للمالية، فيكون تسليمه الرهن إلى أحدهما تسليما لأجنبى إما بالنسبة إلى المالية وإما بالنسبة إلى العين، وذلك لايجوز؛ فإذا سلمه إلى أحدهما لم يبطل الرهن ووجب عليه أن يسترده، فإن هلك قبل استرداده ضمن العدل قيمته بتعديه بالتسليم وأخذها منه الراهن والمرتهن جميعا ووضعاها عنده أو عند غيره. وتصير رهنا لقيامها مقام المرهون، فإذا أدى الراهن الدين إلى المرتهن سلمت القيمة عندئذ للعدل إن كان ضمانه بسبب تسليمه إلى الراهن؛ ذلك لأن الراهن قد وصله حقه بصيرورة الرهن إليه والمرتهن قد وصله حقه بأداء الدين إليه، وإذا كان ضمانه فى هذه الحال بسبب تسليمه إلى المرتهن كانت للراهن عوضا عن ملكه وهو الرهن[1].

---

(١) أما إذا أراد العدل أن يرجع على المرتهن بسبب هلاك عين الرهن عنده فى هذه الحال فينظر فيه، إن كان العدل قد دفعها إلى المرتهن عارية أو وديعة لم يرجع عليه بقيمتها إلا إذا كان قد استهلكها وعندئذ يرجع بقيمتها وقت استهلاكها؛ ذلك لأن العدل حين ضمن قيمتها تملكها بالضمان، وتبين بذلك أنه أعار أو أودع مايملك وإذن لايضمن المرتهن باعتباره مودعا أو مستعيرا إلا بتعديه فلا يرجع عليه إلا فى هذه الحال أما إذا هلكت العين عنده بلا تعد ولاتقصير فلا رجوع. وإن كان العدل قد دفعها إلى المرتهن لتصير عنده رهنا بماله عند الراهن فقال له خذها بحقك أو احبسها به فإنه يرجع عليه بقيمتها وقت دفعها إليه لأنها أصبحت رهنا من قبله لضمانه قيمتها، تملكه لها بذلك. رد المحتار «ج٥ ص ٣٥٨».

ويجوز للراهن أن يوكل العدل في بيع الرهن وتسديد الدين من ثمنه وحينئذ لا يملك عزله من الوكالة قبل أداء مهمته.

نماء الرهن: نماء الرهن قد يكون متولدا من عينه، كالولد والثمر والحبوب واللبن والصوف ونحو ذلك، وقد يكون غير متولد كأجرة الأرض والدابة، وما أشبه ذلك. وهو ملك للراهن مطلقا [1] عندما يحدث في يد المرتهن لأنه نماء لكه، وإذا هلك في يده من غير تعد ولاتقصير هلك مجانا [2]. وإن تعدى عليه تهن فأتلفه ضمن قيمته وقت إتلافه؛ لأنه مال مملوك لغيره.

غير أنه يجب أن يفرق في الحكم بين نماء متولد ونماء غير متولد، فالمتولد تبر رهنا مع الأصل في حق فكاكه واستخلاصه لصيرورته مقصودا بطلب كاكه، فيقابله عند ذلك جزء من الدين على حسب مايأتي ويحل محله في ذلك قيمته عند استهلاكه.

وعلى ذلك لايجوز للراهن - أن يفتكّه مابقى أصله - إلا بسداد كل الدين. كما لا يجوز له أن يفتكّ أصله إلا بذلك؛ لأن المجموع رهن محبوس جميعه بالدين كله. فإذا هلك النماء وحده قبل افتكاكه هلك مجانا كما تقدم، وبقى أصله وحده رهنا بالدين كما كان، وإذا هلك الأصل وبقى النماء لم يجعل النماء رهنا بالدين جميعه، ولكن بما يقابله من الدين، ويعرف ذلك بقسمة الدين قسمة تناسبية، كنسبة قيمة الأصل يوم قبضه إلى قيمة النماء يوم استخلاصه، فيستخلص النماء بأداء مايخصه بهذه القسمة من الدين ويسقط مايخص الأصل منه لهلاك ذلك الأصل.

وفى حكم بقاء النماء ما إذا استهلك الراهن النماء أو أذن المرتهن باستهلاكه، فإذا هلك بعد ذلك الأصل قسم الدين عليه وعلى نمائه المستهلك، فما أصابه سقط وما أصاب نماءه ألزمه به الراهن.

---

(١) إذا كان النماء أجرة حدثت من عقد إجارة لم يأذن بها الراهن كانت ملكا للمرتهن؛ لأنها بدل منفعة منصوبة. الدر المختار ج٥ ص٣٧٢.

(٢) يستثنى من ذلك الأرش فيهلك من الدين بقدر مايقابله؛ لأنه بدل عن جزء من الرهن فيعطى حكمه، ... اقم لايبعد هذا زيادة لأنه بدل عن هالك.

أما غير المتولد من النمـاء فلا يصير رهنا إذا حدث في يد المرتهن وإنما يعطى حكم الوديعة (١).

نفقات الرهن: وما يلزم لحفظ الرهن من نفقات يجب على المرتهن؛ لأنه مكلّف بحفظه، أما مايلزم لإصلاحه وبقائه فهو على الراهن لأنه المالك، وإذا أنفق أحدهما على الرهن ما ليس واجبا عليه دون أن يأذنه الآخر فهو متبرع إلا إذا دعته الضرورة فاستأذن القاضي في ذلك وأذنه.

سداد الدين من الرهن: إذا كان الدين مؤجلا لم يكن للمرتهن أن يطالب الراهن بإيفـائه إلا إذا حل الأجل، وإذا كان حـالا كـان للمرتهن هذا الحق، فـإذا وفاه الراهن أخذ رهنـه، وإذا أبى رفع المرتهن الأمر إلى القاضي، فيـأمر القاضي الراهن بالوفاء أو ببيـع الرهن فإن امتثل فيـها، وإلا باعه القاضي جـبرا عنه وسدد الدين من ثمنه، وإذا كان الرهن في يد عدل وكان وكيـلا بالبيع فللعدل حينئذ بيع الرهن وسداد الدين من الثمن جبرا عن الراهن، فإن وفى الثمن بالدين فبها ويكون للراهن مـا يبقى منه إن بقـيت منه بقيـة. وإن لم يوف أعطى الثمن كله للمـرتهن واستوفى بقيمة دينه بالطرق العادية (٢).

حـكم الرهن الفـاسـد: وماذكرناه من الأحكام يتـرتب على الرهن إذا كان صحيحا فإن كان فاسدا لعدم استيفائه شرطا من شروط الصحة كما إذا كان الرهن شاعا أو مشغولا بأمتعة الراهن فإما أن يكون سابقا على الدين أو لاحقا، فإن كان سابقا على الدين كـان للمرتهن حق الحبس حتى يسـتوفى دينه، وكان أحق به من سائر الغرماء كالرهن الصحيح وكان كـذلك مضمونا بالأقل من قيمته ومن الدين. وإن كان لاحقا للدين فلا يـكون للمرتهن حق الحبس ولا يكون أولى به من سائر الغرماء، ولكن إذا هلك عنده فقد اختلف الحنفـية في ضمانه، فذهب بعضهم إلى أنه يكون مـضمـونا كذلك بالأقل من قـيمـته ومن الدين، وذهب آخـرون ومنهم الكرخي إلى أنه لايكون مضمونا، والأول أصح كما في الهندية.

---

(١) راجع الدر المختار ورد المحتار ج٥ ص٣٧٠ وما بعدها والهداية والعناية ج٨ ص٢٢٩.
وذهب أحمد إلى أن نماء الرهن متصلا أو منفصلا متولدا أو غير متولد إذا حدث في يد المرتهن يكون رهنا مع أصله، كشاف القناع ج٢ ص١٥٧. وذهب مالك والشافعي إلى أنه لايكون رهنا بل يعد في يد المرتهن أمانة، نهاية المحتاج ج٤ ص٢٨٠ والشرح الكبير للدردير ج٣ ص٢٤٦.
(٢) رد المحتار ج٥ ص٥٧

أما الرهن الباطل فـلا يتعلق به ضمان باتفـاق ، ولا يملك به المرتهن حبس الرهن فى الدين[1].

الكفالة

التعريف بها: الكفالة فى اللغة الضـمان يقال: كفل يكفل كفـولا وكفلا والاسم الكفالة، ويقال: تكفلت بالمال أى التزمت به وتحملت به وكفلت به كفالة، وكفلت عنه بالمال وكفلته.

وعند الفقـهاء ضم ذمة إلى ذمـة فى المطالبة بدين أو عين أو نفس، فـالذمة المضمـومة هى ذمة الكفيل وهو الضـامن الملتزم بتأدية مـا على الأصيل من الحق، والذمة المضمـوم إليها هى ذمة الأصيل وهو المطالـب فى الأصل، ويسمى المكفول عنه والمكفـول، أمـا صـاحب الحـق فهـو المكـفول له وهـو الطالب، والحق هو المكفول به.

وبناء على ماتقدم فالكفيل بكفالته يصبح مطالبا بما كان مطالبا به المكفول من دين أو تـسليم نفس أو عين؛ لأن ذمته إنما انضمت إلى ذمة الأصيل فى حق المطالبة فقط، فيصبح كل من المكفول والكفيل مطالبا، ولاتشغل ذمة الكفيل بما شغلت به ذمة المكفول من دين أو غيره، وهذا هو الذى اختاره بعض الحنفية.

وذهب آخرون إلى أنهـا تصير بالكفالة مـشغولة كذمـة المكفول، ويؤيد هذا الرأى أن الدائن يجـوز له أن يهب الدين للكفيل وأن يشـترى به عيـنا من أمواله، ومن المعروف أن تمليك الدين لغير من عليـه الدين غير جائز، وليس يترتب على هذا الخلاف أثر عملى.

ركنها: ركنها الإيجاب والقبول من الكفيل والمكفول له عند الطرفين. ويكون بكل لفظ يفيـد الضمان وقبوله، فـالإيجاب كضمنت وكـفلت وتحملت وأنا بذلك كفيل وحميل وزعيم، والقبول كرضيت وقبلت وأنفذت، وذلك لما فى الكفالة من تمليك المكفول له حق مطالبة الكفيل، فلابد أن يرضى بها كل منهما

---

(١) [illegible] والنظائر الفن الثالث ص

وأمـا المكفول فـلا دخل له فى التـزام الكفيـل ولا فى تملك الأصيل، فـلا تتوقف على رضاه ولا على علمه.

وروى عن أبى يوسف أن ركنها إيجاب الكفيل وحده لأنها مجرد التزام وهو يتم بعبارة الكفيل، والمطالبـة تثبت للمكفول له نتيجة لالتزامـ لاتملكا بعقد، فإن شاء استعمل حـقه فطالب الكفيل، وإن شاء لم يستعمله، فلا يشـترط فيه رضاه، وإلى هذا ذهب الأئمة الثلاثة. واستـدلوا بحـديث جابر رضى الله عنه: فقد روى أن رسول الله ﷺ أتـى بميت ليصلى عليـه فقال عـليه الصلاة والسـلام: «أعلى صـاحـبكم دين؟» قـالوا: نعم يارسـول الله، ديناران، فـقـال: «صلوا على صاحبكم» فقال أبو قتادة: همـا علىّ يارسول الله، فصلى عليه. فقد ارتضى عليه السلام كفالة أبى قتادة ولم يقبلها أحد، وصلى على الميت بناء عليها، وذلك دليل على أنها تتم بالإيجاب وحده.

وقد اخـتلف الرأى فى تمامها وحده على قـول أبى يوسف، فقيل تنعـقد به موقوفـة على إجازة المكفول له، فلو مـات قبل الإجازة بطلت، وقيل تنفـذ به فلا تبطل بالموت ولكنها تقبل الرد من المكفول له إذا ردها فى حياته.

شروطها: تعد الكفالة من التبرعات ولذا يشترط **فى الكفيل** أهلية التبرع لأنه يعد بها متبرعا.

ويشترط **فى المكفول له** مايشتـرط فى المتبرع له فيـصح أن يكفل إنسان دين المجنون والصغير الذى لايميز ويكون القبول من وليهما فى المجلس، ويصح قبولها من الصـبى المميز لأنه نـفع محض، وكذلـك يصح قبولـها من الفضـولى ولكن تتوقف الكفالـة على إجازتها من المكفول له، ولاتصح لمجـهول لأنه لايملك، فإذا كفلت صديقك لمن يقرضه لم تصح الكفالة.

ويشترط فى المكفول وهو الأصـيل أن يكون قادرا على تسليم المكفول به إما بنفسـه وإما بنائبه، فـلا تصح كفالة مـدين مات مفلسـا، وإلى هذا ذهب الإمام، وذهب الصاحـبان إلى صـحة كـفالة دين الميت المفلس لحـديث جابر بن عـبدالله السابق، وألا يكون مجـهولا جهالة فـاحشة، فإذا قال شـخص لآخر: كفلت لك شخصا تقرضـه لم تصح الكفالة، ولكن لو قال له: كفلت لك هذا أو هذا بمالك

عليه صحت الكفالة، وعليه أن يعين أحدهما. ولايشترط فيه عقل فتصح الكفالة عن المجنون والصبى الذي لايميز. ويشترط فى المكفول به، وهو المعقود عليه مايأتى:

(١) أن يكون مقدور التسليم من الكفيل فلا تصح الكفالة بالحدود ولا بالقصاص لأن الكفيل لايحد ولا يقتص منه، ولكن تصح الكفالة بنفس من عليه الحد أو القصاص، للقدرة على تسليمه.

(٢) أن يكون مطلوبا من الأصيل بحيث يجبر الأصيل علي تسليمه، وعلى ذلك تجوز الكفالة بالديون إذ يجبر المدين على أدائها، وبتسليم المبيع والمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح والوديعة والعارية، إذ كلٌ واجبُ التسليم عند قيامه فجازت الكفالة بتسليمه كما فى الفتح، وعلى هذا لافرق بين عين مضمونة بنفسها أو بغيرها، وعين غير مضمونة إذا كانت الكفالة بتسليمها مابقيت فقط، فإذا هلكت فلا شيء علي الكفيل، أما إذا كانت الكفالة بها بحيث يكون الكفيل ضامنا لقيمتها عند هلاكها فإنه يشترط فى صحة الكفالة حينئذ أن تكون العين مضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمغصوب، أما إذا كانت مضمونة بغيرها كالمبيع قبل تسليمه والرهن، أو غير مضمونة كالعارية والعين المستأجرة فلا تصح الكفالة بها.

(٣) ويزاد على ماتقدم إذا كان المكفول به دينا أن يكون دينا صحيحا، ويراد به ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، فلا تجوز الكفالة بدين الزكاة لسقوطه بالموت، واستثنى من هذا الشرط استحسانا دين نفقة الزوجة فتجوز به الكفالة وإن لم يكن صحيحا عند الحنفية لسقوطه بالنشوز عندهم، أما عند الشافعية فهو دين صحيح، وبهذا الرأى أخذت لائحة المحاكم الشرعية.

وكذلك يشترط فيها اتحاد مجلس الإيجاب والقبول لأنها من العقود المالية، وألا يترتب عليها أن يطالب الإنسان نفسه فلا يصح أن يكفل الوكيل بالبيع المشترى فى الثمن؛ لأن المطالبة بالثمن من حقه ولايطالب الإنسان نفسه.

حكمها: الكفالة عقد لازم بالنسبة إلى الكفيل فلا يملك أن يفسخه بدون رضا من المكفول له إلا إذا كانت الكفالة مضافة إلى زمن أو معلقة بشرط فيجوز له عندئذ الرجوع عنها ماكان عدوله قبل ترتب الدين وشغل ذمة الأصيل به، أما بعد

ذلك فلا يجوز، فإذا قال شخص لآخر: إذا أقرضت فلانا ألف جنيه فأنا كفيل بها، وقبل جاز للكفيل أن يرجع عن كفالته قبل الإقراض لا بعده، بشرط أن يعلم المكفول له بذلك حتى لايتورط فى الإقراض كما جاء فى البحر. وهى غير لازمة بالنسبة إلى المكفول له فله أن يفسخها متى شاء؛ لأنها حقه وله أن يتنازل عنه. ويترتب على نفاذ الكفالة ثبوت الحق للمكفول له فى مطالبة الكفيل بما يطالب به الأصيل: من دين ثابت فى ذمة الأصيل فيلزم الكفيل بأدائه، أو نفس مطلوب إحضارها ليستوفى منها حق كدين أو قصاص مثلا فيطلب منه إحضارها، أو عين يجب على الأصيل تسليمها مادامت قائمة فإن هلكت ضمن قيمتها أو مثلها فيطلب من الكفيل ذلك، فإن هلكت ضمن كذلك قيمتها أو مثلها، أو عين يجب على الأصيل تسليمها مادامت قائمة فإن هلكت بلا تعد فلا شىء عليه فيطلب من الكفيل تسليمها فقط مادامت قائمة.

ولا يشترط فى ذلك تعذر مطالبة الأصيل به بل يكون للكفيل أن يطالب من يشاء منهما فى وقت واحد وأن يطالبهما معا وعن مالك رواية أخرى وهى أنه لايجوز مطالبة الكفيل إلا عند تعذر الاستيفاء من الأصيل.

وإذا شرط فى عقد الكفالة براءة الأصيل كان العقد حوالة لا كفالة؛ لأن العبرة بالمعانى لا بالألفاظ، كما أنه إذا شرط فى عقد الحوالة مطالبة المدين كان العقد كفالة لاحوالة.

تعدد الكفلاء: وإذا كفل الدين أكثر من كفيل واحد، فإن كفله كل واحد بعقد مستقل جاز مطالبة كل واحد منهم به، وأيهم أدى برئ الباقون والأصيل، وإن كفله الجميع بعقد واحد طولب كل منهم بحصته من الدين بعد قسمته على عدد رؤوسهم، فإن كانوا ثلاثة طولب كل واحد بثلثه. وهذا إذا لم يكفل كل واد أصحابه فيما هو كفيل به، فإن فعلوا طولب كل منهم بجميع الدين، وأيهم أدى برىء الآخرون والأصيل.

وقت المطالبة: وإذا كانت الكفالة منجزة والدين حالا كان للمكفول له مطالبة الكفيل فى الحال، وإذا كان الدين مؤجلا تأجلت المطالبة إلى وقت حلوله، وإذا كانت الكفالة مضافة أو معلقة على شرط ملائم لم يكن له حق المطالبة إلا

عند حلول الوقت الذى أضيفت إليه أو عند تحقق الشرط الذى علقت به، فإن علقت على شرط غير ملائم بطلت فلم يترتب عليها أثر، وإذا كانت مؤقتة بمدة كسنة كذا أو من يوم كذا إلى يوم كذا اقتصرت المطالبة على تلك المدة فقط، فلا يطالب قبل ابتدائها ولابعد انتهائها.

الكفالة بالنفس: قد يطلب من شخص أن يحضر فى وقت معين ليستوفى منه حق كدين أو قصاص فيحضر كفيلا بنفسه ليضمن إحضاره فى ذلك الوقت حتى يستوثق من حضوره فيه فلا يغيب عند طلبه، فإذا كفله الكفيل فى ذلك صحت كفالته ووجب عليه إحضاره فى ذلك الوقت بناء على طلب المكفول له، وليس للمكفول له أن يطالب الكفيل بإحضاره قبل الوقت، ولكن له حق المطالبة فى الوقت وبعده، ومع ذلك إذا أحضره الكفيل قبل حلول الوقت برئ من الكفالة، سواء أقبله المكفول أم لا؛ لأنه التزم بإحضاره مرة واحدة فلا يكلف غيرها.

وإذا طالبه المكفول له بإحضاره فى الوقت فلم يفعل نظر، فإن كان ذلك لمطل حبسه القاضى، وإلا بأن كان لعذر فلا شىء عليه، ولايلزم بالحق فى الحالين، ومن العذر هروب المكفول وعدم العلم بمكانه.

وذهب مالك وأحمد إلى أنه يلزم بالحق إذا كان دينا فى هذه الحال.

وإذا قيد إحضار المكفول بمكان لزم ذلك الكفيل عند زفر وعليه الفتوى. وإذا أطلقت الكفالة بالنفس عن الوقت كان على الكفيل إحضاره عند الطلب، فإذا أحضره بناء على الطلب برئ، وكذلك إذا أحضره من غير طلب يبرأ إذا أخبر إنما يحضره بناء على الكفالة.

وفى جميع الأحوال المتقدمة لايكون إحضاره سببا لبراءة الكفيل إلا إذا كان في مكان تمكن مخاصمته فيه، فإن أحضره فى مكان لا تمكن مخاصمته فيه لم يبرأ بإحضاره.

وتبطل هذه الكفالة بموت المكفول، وكذلك تبطل بموت الكفيل، ولايقوم وارثه مقامه فيها لأنه لم يلتزم، ولا تبطل بموت المكفول له، بل يكون لوارثه حق الطلب.

الكفالة بالدين: تصح الكفالة بالدين سواء أكان معلوم المقدار وقت الكفالة أم غير معلوم، وسواء أكان ثابتا فى الذمة وقت الكفالة أم موعودا به، وعلى هذا إذا قال شخص لآخر: أنا كفيل لك بما على فلان من الدين صار كفيلا وإن لم يعلم مقدار هذا الدين. وكذلك إذا قال له: أنا كفيل بما يثبت لك فى ذمة فلان، أو أنا كفيل بما تقرضه لفلان، وكذا إذا قال لمشتر: أنا كفيل بما يدركك فى هذا البيع «ويسمى هذا ضمان الدرك» فيكون بذلك ضامنا للثمن عند استحقاق المبيع وتنفذ الكفالة فى جميع هذه الصور وماماثلها.

وإذا كان الدين المكفول مجهولا لدى الكفيل فاختلف مع الأصيل أو مع المكفول له فى مقداره لم يلزم الكفيل إلا بما يقر هو به أو بما تقوم عليه البينة، ولاينفذ إقرار المدين عليه ولا مصادقة الدائن والمدين؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، ولكن لو كانت الكفالة بما ثبت على فلان لفلان فإن إقرار المدين يكون حجة على الكفيل فى هذه الحال من جهة أن إقراره كاف فى ثبوت الدين.

والدين إما مؤجل على الأصيل أو حال. فإن كان مؤجلا على الأصيل فكفله الكفيل كفالة مطلقة كان مؤجلا كذلك على الكفيل، وإن كفله على أن يكون حالا عليه لزمه حالا؛ لأن الأجل حق له وله إسقاط حقه.

وإن كان الدين حالا فكفله شخص كان حالا عليه، وإن كفله على أن يكون مؤجلا تأجل كذلك على الأصيل لقبول الدائن تأجيله إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه كأن يقول: على أن يكون مؤجلا بالنسبة لى، أو قبل الطالب الكفالة على أن يكون الأجل للكفيل وحده، فعندئذ لا يتأجل على الأصيل، ويقتصر التأجيل على الكفيل.

وإذا كان الدين المكفول حالا فأجله على الأصيل تأجل على الكفيل تبعا، وإذا أجله للكفيل لم يتأجل على الأصيل.

وإذا كان الدين مؤجلا فتنازل الأصيل عن الأجل لم يلزم ذلك الكفيل، كما لايلزم ذلك الأصيل إذا كان التنازل عن الأجل من الكفيل.

الرجوع بالدين على الأصيل: وإذا أدى الكفيل الدين كان له حق الرجوع به على الأصيل إن كانت الكفالة بأمره، وكان أمره معتبرا، بأن كان بالغا عاقلا، فإن كان صبيا مميزا لم يعتد بأمره.

وقد يكون الأمر صراحة كقوله: اكفلني، وقد يكون حكميا كما إذا كفل الأب ابنه الصغير لزوجته في مهرها، فله الرجوع في ماله إذا أدى عنه؛ لأنه ولي عنه فكانت كفالته كأنها بالأمر.

وإن كانت الكفالة بغير أمر المدين لم يكن للكفيل حق الرجوع إذا أدى؛ لأنه يعتبر بأدائه متبرعا.

وذهب مالك وأحمد إلى أن له حق الرجوع كذلك، فإن الدائن بقبوله الدين منه يعتبر أنه قد ملكه ما على المدين من الدين، فيحل محله في المطالبة.

ومبنى هذا الخلاف خلافهم في جواز تمليك الدين لغير من عليه الدين. لايجوزه الحنفية فلم يعتبروا ذلك تمليكا من الدائن، ويجوزه مالك فجاز له أن يجعل ذلك تمليكا، واستتبع ذلك رجوع الكفيل على المدين بما أدى؛ لأنه حل محل الدائن في دينه.

وإذا أدى الكفيل الدين إلى الدائن قبل حلول أجله لم يكن له أن يرجع على الأصيل إذا كان له حق الرجوع إلا عند حلول الأجل على الأصيل، إذ لا يستطيع الإضرار بغيره.

تأثير الموت في الكفالة: إذا توفي المكفول له لم يكن لوفاته أثر وحل وارثه محله في المطالبة، وإذا توفي المدين أو الكفيل، وكان الدين مؤجلا حل الدين بالنسبة للمتوفى منهما. فإن كان الأصيل كان للدائن أخذه من تركته وبأخذه يبرأ الكفيل، وإن كان الكفيل كان للدائن أخذه من تركته وللورثة أن يرجعوا على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره وكان حالا فإن كان مؤجلا انتظروا حلول الأجل.

وإذا ماتا معا كان للدائن أخذه من أي التركتين أراد، فإن أخذه من تركة الأصيل برئت تركة الكفيل، وإن أخذه من تركة الكفيل كان لورثته الرجوع في تركة الأصيل بالشرط المتقدم، وإذا مات أحدهما مفلسا رجع الدائن على التركة الموجودة.

البراءة من الكفالة:

(١) إذا أدى الأصيل الدين برئ الكفيل وكفيله إن كان له كفيل، وكذلك إذا أدى الكفيل الدين برئ الأصيل بالنسبة للدائن.

(٢) إذا أبرأ الدائن الأصيل برئ الكفيل تبعا له؛ لأن براءة الأصيل تستلزم براءة الكفيل، ولكن إذا أبرأ الدائن الكفيل لم يبرأ الأصيل؛ لأن إبراء الكفيل معناه إسقاط كفالته، ولا يلزم من سقوط الكفالة سقوط الدين.

(٣) إذا توفى الدائن وانحصر ميراثه فى المدين برئ الكفيل، فإن كان من الورثة برئ بقدر مايسقط عنه من الدين.

(٤) إذا أحال المدين دائنه على آخر حوالة مقبولة برئ بذلك الكفيل؛ لأنها توجب براءة المدين فيبرأ كفيله تبعا له.

الحوالة

إذا كنت مدينا لمحمد بألف جنيه، فطلبت منه أن يستوفيها من محمود وقبل ذلك منك كل من محمد ومحمود، فإن الدين بقبولهما ينتقل من ذمتك إلى ذمة محمود وتصبح بريئا منه، فلا تطالب به وإنما يطالب به محمود، وهذا التعاقد هو مايسمى بالحوالة، وتسمى به أنت محيلا، ويسمى به محمد محالا ومحتالا ومحالا له ومحتالا له، وإذن فالحوالة هى نقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة شخص آخر.

ركنها: الحوالة عقد لايتم إلا بين عاقدين يجب أن يكون أحدهما المحتال باتفاق. سواء أباشر العقد بنفسه أم بواسطة نائب عنه، فإن باشره عنه فضولى توقف العقد على إجازته.

أما العاقد الثانى، فإما أن يكون المحتال عليه، وما أن يكون المحيل، فإن كان المحتال عليه صحت الحوالة، ونفذت إذا رضى بها المدين اتفاقا، كأن يقول شخص لمن له دين على آخر: احتل بهذا الدين على فيقول الدائن: قبلت، ويرضى المدين بذلك. فإن لم يرض عنها صحت ونفذت على رواية الزيادات.

وجاء فى القدورى أنه يشترط فى تمامها رضاه، ووجه هذا القول أن ذوى المروءة يأنفون أن يتحمل غيرهم دينهم فلابد من الرضا، ووجه رواية الزيادات أن الحوالة فى هذه الحال التزام ليس المدين طرفا فيه فلا يشترط رضاه.

وإن كان العاقد الثانى المحيل اشترط لتمامها رضا المحال عليه عند الحنفية،

ومثال ذلك أن يقول مدين لدائنه: أحلتك على فلان لتستوفى دينك منه فيقبل فإذا رضى المحال عليه تمت الحوالة وإذا لم يرض لم تتم، لأن الدين ينتقل بها إلى ذمته، وذلك التزام فلابد من أن يكون من ناحيته؛ ويرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه يشترط فى الحوالة ألا يكون المحال عليه مدينا للمحيل وعلى ذلك لايكون رضاه شرطا لتمامها عندهم؛ لأنه يجب على المدين أن يؤدى الدين إلى الدائن وإلى من يطلب الأداء إليه فإن لم يكن المحال عليه مدينا كانت الحوالة عليه من قبيل الكفالة ووجب لتمامها عند ذلك رضاه.

وإذن فركنها الإيجاب والقبول من المحتال ومن باشر معه العقد من المحيل أو المحال عليه على الوجه الذى شرحناه.

شروطها : يشترط فى كل من المحيل والمحال العقل والبلوغ فالحوالة على الصبى المميز وإحالته على آخر متوقفة على إجازة وليه، ويشترط لنفاذ إجازته أن يكون المحال عليه أملأ من المدين عندما يكون المحتال صبيا حتى تكون الحوالة فى مصلحته.

وكذلك يشترط فى المحال عليه أن يكون من أهل التبرع؛ لأن قيامه بأداء الدين عن المدين يعتبر تبرعا.

ويشترط فى الدين المحال به أن يكون صحيحا معلوما، فلا تصح الحوالة بالدين المجهول.

ويشترط فيها كذلك اتحاد مجلس الإيجاب والقبول[1] وأن يكون المحيل مدينا للمحال وإلا لم يتحقق معنى الحوالة.

أنواعها: الحوالة إما مطلقة وإما مقيدة، فتكون مقيدة إذا تضمن عقدها تقييدها بدين فى ذمة المحال عليه للمحيل أو بأمانة له عنده. ومثالها أن يكون لك عند شخص دين أو وديعة فتحيل عليه دائنا لك ليستوفى دينه مما لك عند هذا الشخص من دين أو وديعة.

---

(١) وفى البزازية لو أحال شخص دائنه على شخص آخر غائب نقبل ذلك الشخص بعد أن علم بالحوالة صحت، ولاتصح فى غيبة المحتال إلا أن يقبل رجل عنه الحوالة. مجمع الأنهر «ج٢ ص١٤٧».

وتكون مطلقة إذا لم تقيد بشىء من ذلك وإن كان المحال عليه مدينا فى الواقع للمحيل أو وديعا.

حكمها: يترتب على الحوالة سواء أكانت مطلقة أم مقيدة ما يأتى:

أولا: براءة المحيل من مطالبته بالدين المحال به اتفاقا، أما براءة ذمته منه فمحل خلاف، فذهب أبو يوسف إلى أن ذمته تبرأ منه أيضا، وذهب محمد إلي أنه لايبرأ منه بل تظل ذمته مشغولة به، والأول أصح كما في فتح القدير. وتظهر ثمرة الخلاف فيما يأتى:

(١) إذا أبرأ المحال المحيل من الدين قال أبو يوسف: لايصح؛ لأنه غير مدين، وقال محمد: يصح لأنه مدين، وإذن يبرأ المحال عليه كذلك لسقوط الدين بالبراءة.

(ب) إذا أحال الراهن المرتهن بدينه على آخر كان له أن يسترد الرهن من المرتهن عند أبي يوسف؛ لأنه أصبح غير مدين، وليس له ذلك عند محمد؛ لأنه لايزال مدينا، وإنما أرجئت مطالبته إلى حين.

غير أن براءة ذمة المحيل عند من يرى ذلك مقيدة بسلامة حق المحال وإن لم يشترط ذلك فى عقد الحوالة، لأنه مقتضى العرف، والمعروف عرفا كالمشروط، وعلى ذلك إذا لم يسلم ما للمحال من حق قبل المحتال عليه كان له الرجوع على المحيل بدينه لأنه ماثبت له لدى المحال عليه خلف عما كان له عند المحيل، فإذا فاته الخلف رجع إلى الأصل، ويتفرع على ذلك أنه إذا توى الدين عند المحال عليه كان للمحال أن يرجع به على المحيل فيعود إلى مطالبته به والتنفيذ عليه.

وتواء الدين لايتحقق إلا بأحد الأمرين الآتيين: الأول: أن يموت المحال عليه مفلسا لم يترك أداء للدين ولا كفيلا به، ويضاف إلى ذلك أن يحكم بإفلاسه عند الصاحبين خلافا للإمام لأنه يرى ألا يحجر على مدين. الثاني: أن يجحد المحال عليه الحوالة ولا دليل عليه، ففى هاتين الحالين يرجع المحال على المحيل.

ثانيا: انتقال الدين بالصفة التي هو عليها من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ومطالبته به بناء على ذلك [1] فإن كان حالا انتقل حالا وطولب المحال عليه بأدائه

---

(١) هذا على رأى أبي يوسف، أما على رأى محمد فلا ينتقل ولكن ذمة المحال عليه تشغل به أيضا بصفته التي هو عليها.

حالا، وإن كان مؤجلا انتقل كذلك وتأجلت المطالبة إلى حلول الأجل، فإن مات المحيل حينئذ لم يؤثر موته فى الأجل، وإن مات المحال عليه حل الدين بموته واستوفى من تركته؛ لأن الدين يحل بموت المدين دائما، فإن لم تف تركته وبقيت منه بقية رجع بها المحال على المحيل بتوائها حينئذ.

ثالثا: وكذلك يترتب عليها عندما تكون مقيدة انقطاع حق المحيل فى المطالبة بما له عند المحال عليه من دين أو عين قيدت بهما الحوالة، وذلك لتعلق حق المحال بهما، فليس للمحيل بناء على ذلك أن يطالب المحال عليه بشىء منهما، ولا يملك المحال عليه أن يدفع شيئا منهما إلى المحيل، فإذا فعل كان ضامنا، لأنه استهلك بهذا العمل مالا تعلق به حق المحال.

أما إذا كانت الحوالة مطلقة وكان لدى المحال عليه للمحيل دين أو عين لم تقيد بهما الحوالة فلا يكون لها تأثير فيما للمحيل من حق فى مطالبة المحال عليه بتسليم ذلك إليه، وإذا سلمه إليه لم يؤثر ذلك فى بقاء الحوالة، وللمحيل أن يستمر فى مطالبة المحال عليه بما له عنده من دين أو عين، وإذا أجابه إلى ماطلب لم تبطل الحوالة به.

غير أن المحال عليه إذا كان مدينا للمحيل وأدى للمحال دينه ففى ذلك صورتان:

الأولى: أن يكون المحيل طرفا فى عقد الحوالة أو تكون الحوالة بأمره، وفى هذه الحال يسقط عن المحال عليه بطريق المقاصة من دين المحيل بقدر ما أدى للمحال، فإن زاد ما أداه رجع بالزيادة على المحيل.

الثانية: ألا يكون المحيل طرفا فى عقد الحوالة ولم تكن بأمره، وفى هذه الحال يكون المحال عليه متبرعا بما أداه للمحال فلا يسقط عنه شىء من دين المحيل وعليه أداؤه.

مبطلات الحوالة: علمنا أن براءة المحيل من الدين مقيدة بسلامة حق المحال؛ لأن ذلك معروف عرفا فصار كالمشروط، ولو أن المحال اشترط لنفسه فى عقد الحوالة خيار الرجوع على المحيل إذا تعذر عليه الاستيفاء من المحال عليه لصح ذلك ولكان له حق الرجوع.

وعلى ذلك إذا بطلت الحوالة بسبب من الأسباب دون أن يستوفى المحال دينه كان له حق الرجوع به على المحيل؛ لأن المقصود منها الاستيثاق والوفاء على أحسن وجه، فإذا فات ذلك عاد المحال إلى حقه الأول وهو مطالبة المحيل بالوفاء، كالدائن الذى يصالح عن دينه على عين معينة فتهلك قبل أن يتسلمها فإن دينه يعود كما كان.

والحوالة إما مطلقة وإما مقيدة، فالمطلقة تبطل بسبب من الأسباب الآتية:

(١) أن يجحد المحال عليه الحوالة ولابينة عليه، وتوجه إليه اليمين فيحلف إذ لا وسيلة إلى إلزامه حينئذ بأداء الدين. وبذا تصير الحوالة كأنها لم تكن وتعتبر باطلة.

(٢) أن يموت المحال عليه مفلسا فلا يترك مالا يفى بالدين ولم يترك كفيلا به إذ لاسبيل إلى الوفاء حينئذ فتبطل، فإن ترك مالا يفى بالدين أو كفيلا به لم تبطل الحوالة لإمكان الاستيفاء.

وإذا ترك مايفى ببعض الدين بطلت بالنسبة للباقى.

وإذا ترك مالا يفى به ولكنه مدين بديون أخرى فإن مايوجد له من مال يقسم بين جميع غرمائه - ومنهم المحال - قسمة تناسبية بقدر ديونهم ونسبتها بعضها إلى بعض ثم تبطل الحوالة بالنسبة لما لم يوف من دينها فيرجع به المحال على المحيل.

(٣) أن يحكم بإفلاس المحال عليه فى حياته، وإلى هذا ذهب الصاحبان لأنهما يريان الحجر بسبب الدين، فإذا حكم بذلك وقسمت أمواله بين دائنيه حسب ديونهم بطلت الحوالة بالنسبة إلى مالم يوف من دينها، ويرجع به المحال على المحيل، لتحقق عجز المحال عليه حينئذ عن الأداء، وخالف فى ذلك الإمام فقال لاتبطل لأن العجز غير متحقق فإن مال الله غاد ورائح، وعسى أن يرث أو يوهب له أو يتجر فيربح.

وخالف فى الأسباب الثالثة الشافعى وأحمد والليث بن سعد بناء على أن براءة المحيل من الدين تمت مطلقة عن أى شرط، فلا ترتفع إلا بسبب جديد، وقد رضى بها المحال فلا موجب لرجوعه؛ لأن المحال عليه قد أصبح بذلك مدينا للمحال فتواء الدين لديه كتوائه لدى أى مدين.

وذهب مالك إلى أن المحال عليه إذا كان مفلسا ولم يعلم بذلك المحال ولم يرض به بعد العلم كان له الرجوع على المحيل؛ لأن إفلاسه عيب لم يرض به، وإلا لم يكن له حق الرجوع، وهذه رواية عن أحمد وهو أعدل الأقوال.

والمقيدة ضربان: مقيدة بدين ومقيدة بعين. فإن قيدت بدين على المحال عليه للمحيل ثم ظهرت براءة المحال عليه بسبب سابق على الحوالة بطلت، كما إذا كان الدين ثمنا لمبيع ثم ظهر استحقاق المبيع وأن المحيل قد باع مالا يملك، وإن ظهرت براءته بسبب عارض بعد الحوالة فلا تبطل عند أئمتنا الثلاثة استحسانا وتبطل عند زفر والشافعي، كما إذا كان المحيل بائعا فاستوجب ببيعه دينا على المشترى منه ثم أحال عليه دائنا له ليستوفى دينه مما فى ذمته من ثمن، ثم تلف بعد ذلك المبيع فى يد المحيل قبل تسليمه إلى مشتريه ـ وهو المحال عليه ـ فإن البيع يبطل ويسقط الثمن عن المشترى فتبرأ ذمته منه فإن البراءة من هذا الدين بعد تمام الحوالة.

وجه قول زفر والشافعي أن الحوالة مقيدة بدين لم يعد له وجود فتبطل لسقوطه.

ووجه قول أئمتنا الثلاثة أن الحوالة فى هذه الحال قيدت بدين موجود عند إنشائها فلا يؤثر فيها عارض يسقطه بعد إنشائها حين نشأت صحيحة لازمة، بخلاف الحال الأولى، فإنها قيدت بدين غير موجود فى الواقع فنشأت باطلة.

وإن قيدت بعين مضمونة «كالمغصوب لدى المحال عليه» فتلفت العين عنده لم تبطل لأن بدل العين يقوم مقامها. وإن قيدت بعين هى أمانة فى يد المحال عليه فتلفت تلفا يوجب ضمانها لم تبطل الحوالة لقيام بدل العين مقامها فى الوفاء، ولذا تبطل الحوالة باستحقاق العين المقيدة بها فى جميع الأحوال لعدم وجود بدل لها عند الاستحقاق يقوم مقامها فى الوفاء منه.

هل للمحال امتيار على سائر الغرماء؟ ليس للمحال امتياز على سائر الغرماء، وبناء عليه إذا قيدت الحوالة بدين أو عين، ثم توفى المحيل مدينا بديون أخرى غير دين المحال قبل أن يستوفى المحال دينه من المحال عليه لم يكن المحال أولى من سائر الدائنين بما عند المحال عليه من مال للمحيل، بل يقسم هذا [illegible] بين جميع الدائنين بنسبة ديونهم لا يفضل المحال عليهم؛ لأنه لايزال [illegible]

للمحيل. ولم يثبت للمحال عليه حق اختصاص به؛ لأن ذلك لايكون إلا باليد كالمرتهن، وليست له يد عليه، فإذا بقى للمحال بعد القسمة شيء من الدين لم يطالب به المحال عليه؛ لأن الحوالة مقيدة بما كان عنده من مال، وقد قسم بين الغرماء، وإنما يتبع تركة المحيل إذا ظهر له مال، فإن لم يظهر له مال فلا سبيل إلى وفائه.

وذهب زفر إلى أن المحال يكون أولى من سائر الغرماء بالنسبة لهذا المال، فيستوفى منه حقه أولا كما يستوفى المرتهن حقه من الرهن وذلك لثبوت حقه فيه بالحوالة، وليس من الواجب أن يكون حق الاختصاص نتيجة يد، بل كما يكون بسبب اليد فى الراهن يكون كذلك بسبب الحوالة المقيدة.

أثر الموت فى الحوالة: وفاة المحيل لاتأثير لها فى الحوالة إذا كانت مطلقة فيستمر المحال على مطالبة المحال عليه بأداء الدين، فإذا أداه بعد الوفاة فإن الظاهر لى أنه يكون مختصا به، ولايحق لسائر غرماء المحيل أن يشاركوه فيه بقدر ديونهم إذا احتاجوا إلى ذلك بسبب عدم وفاء التركة.

ووجه ذلك أن المحيل قد برئ من دين المحال بمقتضى عقد الحوالة، وصار المحال دائنا للمحال عليه لا للمحيل، ولكن ما نقله ابن عابدين فى حاشيته على البحر عن البزازية والحاوى يفيد أن هذا المال لايختص به المحال بل يشاركه فيه سائر غرماء المحيل، بناء على أن الحوالة تبطل بالموت وأن المحال يصير دائنا للمحيل بمجرد موته، وهذا غير ظاهر؛ لأنه لو صح أنها تبطل بالموت لترتب على ذلك عدم إلزام المحال عليه بالدين بعد وفاة المحيل وانقطاع مطالبة المحال بما أحيل به على المحال عليه.

وإن كانت الحوالة مقيدة بعين أو دين لدى المحال عليه بطلت بوفاة المحيل، فإن هذه العين أو هذا الدين يتعلق بهما بمجرد الوفاة حق ورثة المحيل لقيامهم مقام مورثهم فيما كان يملك، وذلك منه، فلهم وحدهم حق المطالبة بهما، وبذا تبطل الحوالة ويرجع المحال على تركة المحيل.

وإذا مات المحال قام وارثه مقامه فى مطالبة المحال عليه، وفى حق الرجوع على المحيل عند التوى.

وإذا مات المحال عليه، فإن كانت الحوالة مقيدة بطلت بموته؛ لأنها التزام فى مال مملوك للمحيل، وقد سلط عليه من قبله وذلك التسليط لاينتقل إلى الورثة بل يبطل بالوفاة، وعندئذ يرجع المحـال على تركة المحيل، وإن كانت مطلقـة استوفى المحال دينه من تركتـه باعتباره دائنا من دائنيـها، فإن بقيت له بقـية رجع بها على المحيل لتوائها حينئذ.

براءة المحال عليه : يبرأ المحال عليه بسبب من الأسباب الآتية:

(١) أداؤه الدين إلى المحال، وعند ذلك يكون له حق الرجوع به على المحيل إن كانت الحوالة بأمره وكانت مطلقة ، ولم يكن مدينا له بمثل ما أدى أو أكثر، أما إذا كانت بغير أمره ـ ولو كانت برضاه على مـاهو رأى جمهور الحنفية ـ فلا يرجع لأن المحال عليه متبرع حينئذ بأدائه الدين.

وأما إذا كـانت مقيـدة بمال، فإن وفاء الدين المحـال به يكون من هذا المال، فإذا لم يف لم يلزم المحال عليه بأداء زيادة الدين. فإذا أداها كان متبرعا، ولايكون له حق الرجـوع على المحيل. وإذا لم يؤدها فـالظاهر أنه يكون للمحـال أن يرجع على المحيل لعدم سلامة حقه؛ ذلك لأن براءة المحيل مقيدة بسلامة حق المحال.

وأما إذا كان المحـال مدينا بمثل ما أحيل بـه عليه أو أكثر فإن كـانت الحوالة بأمر المحيل فإنه يسقط من الدين بقـدر مايؤديه إلى المحتال، وإن لم تكن بأمره لم يسقط شىء كما هو الظاهر.

(٢) إذا أبرأ المحال المحال عليه من الدين، وعند ذلك لايكون لأحدهما حق الرجوع على المحيل؛ وإن كـانت الحوالة بأمره؛ لأن البراءة تعتبـر حينئذ تنازلا من المحال عن الدين لاتمليكا، ولذا لايسقط بها ماقـد يكون للمحيل لدى المحال عليه من دين.

(٣) إذا أحال المحال عليه المحال حوالة صحيحة، فإن كانت على المحيل كان ذلك فسـخا للحوالة الأولى، ولذا لايترتـب على توى الدين لدى المحيل فى هذه الحال الرجوع على المحـال عليه باعتباره مـحيلا، وأما إذا كانت على غـيره، فهى حوالة يترتب عليها جميع آثارها.

(٤) هبة الدين من المحال للمحال عليه، وعند ذلك يكون للمحال عليه حق الرجوع على المحيل إذا كانت الحوالة بالأمر، ولذا يلتقى الدينان قصاصا إذا كان المحال عليه مدينا للمحيل، أما هبته للمحيل من المحال فغير صحيحة على المفتى به.

(٥) إذا مات المحال ولا وارث له غير المحال عليه، فحكم ذلك حكم هبة الدين له.

الشركة

الشركة نوعان: شركة ملك وشركة عقد. وشركة الملك كذلك ضربان: **اختيارية** : وهى التى تنشأ من أن يتملك اثنان أو أكثر عينا من الأعيان بسبب من أسباب الملك، كأن يشترياها معا. **واضطرارية** وهى الناشئة عن اختلاط مالين بدون إرادة مالكيهما اختلاطا لايمكن من الفصل بينهما، كأن يكونا من نوع واحد كمقدارين من الأرز، أو يكون ممكنا مع كثير من المشقة كمقدار من أرز مع آخر من قمح، أو عن اشتراك شخصين فى ميراث من آخر. وليست شركة الملك من العقود ولذا فهى خارجة عن موضوعنا وعلى ذلك لانبين إلا شركة العقد.

شركة العقد: هى عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك فى رأس المال وفى ربحه أو على الاشتراك فى الربح فقط إذا لم يكن رأس مال.

ركنها: ركنها الإيجاب والقبول. كأن يقول أحد الشريكين أو الشركاء شاركتك فى كذا أو شاركتكم فى كذا أو مايؤدى هذا المعنى ويقبل غيره ذلك.

شروطها: يشترط فيها مايأتى:

(١) اتحاد مجلس الإيجاب والقبول؛ لأنها من العقود المالية.

(٢) أن يكون كل من عاقديها أهلا للتوكيل والوكالة إذ كل شريك فى الشركة وكيل عن الآخرين فهو موكل لغيره ووكيل عنه.

(٣) أن يكون المعقود عليه قابلا للوكالة ليكون تصرف كل واحد منهم للجميع، فيكون لنفسه أصالة ولغيره بمقتضى الوكالة، وعليه فلا شركة فى أخذ

مال مباح كالاحتطاب والاصطياد لأنه لايجوز فيه التوكيل، إذ يتملكه من يستولى عليه بمجرد الاستيلاء وليس لغيره عليه أمر فيه.

(٤) أن يكون الربح جزءا شائعا معلوم القدر حتى لايكون عدم شيوعه مؤديا إلى قطع الشركة فى الربح ولاعدم الجهل بقدره مفضيا إلى النزاع، وهذه هى الشروط العامة فى شركة العقد.

أقسامها: تنقسم الشركة ثلاثة أقسام: شركة أموال وشركة أعمال وشركة وجوه. وكل قسم من هذه الأقسام ينقسم قسمين: شركة مفاوضة وشركة عنان ولقسمة الأنواع الثلاثة إلى مفاوضة وعنان نبدأ ببيان معنييهما.

شركة العنان: كلمة العنان إما مأخوذة من «عن» لى كذا أى عرض فسميت بذلك؛ لأن كل شريك فيها عَنَّ له أن يشترك مع الآخرين، وإما مأخوذة من عنان الفرس؛ لأن كلا من الشركاء أعطى عنان التصرف فى المال لشريكه. ويريد بها الفقهاء أن يشترك اثنان أو أكثر فى رأس مال أو فى عمل على أن يكون الربح الناتج مشتركا بينهما.

وتتضمن الوكالة فيكون كل من الشركاء وكيلا عن الآخر فى التصرف، حتى إذا تصرف كان لنفسه بطريق الأصالة ولسائر الشركاء بطريق الوكالة فتتحقق الشركة، وإلا كان التصرف له خاصة فيختص بالربح، وتصح فى أى نوع من أنواع الاتجار مع التفاضل فى رأس المال والربح، أو مع التساوى فيهما، أو مع التفاوت فى أحدهما والتساوى فى الآخر متى عمل كل الشركاء، فإذا كان العمل على بعضهم فقط وجب أن يكون سهم غير العامل فى الربح مناسبا مع سهمه فى رأس المال حتى لايعطى من الربح ما ليس له مقابل ولكن يصح زيادة ربح العامل عن حصته فى رأس المال نظير عمله.

وقال الشافعى وزفر ومالك: لاتصح الشركة مع المساواة فى المال والتفاضل فى الربح، ولا مع التفاضل فى المال والمساواة فى الربح؛ لأن الربح نتيجة المال فيجب أن يكون الاشتراك فيه على وفق الاشتراك فى المال، والصحيح أن الربح يستحق بالمال والعمل والضمان، ومن آثار ذلك أنه لايجب أن يكون الاشتراك فى الربح على وفق الاشتراك فى رأس المال بل يصح أن يختلفا فكان رأى الحنفية أرجح

شركة الأموال: يجب أن يكون رأس مالهـا من الذهب أو الفضـة أو النقود المتداولة ويجب أن يـكون حاضرا، فـلا يصح إدخال الديوْن فيـها إلا بعـد أدائها وصيـرورتها نقودا، وعليـه لايصح أن يتكون رأس مالهـا من العروض إلا إذا باع أحد الشريكين حصة شـائعة فى عروضه بحصة شائعة فى عروض صاحـبه فتصير العروض بذلك مشتركة بينهمـا، وعند ذلك يصح لهما أن يعقدا الشركة على هذه العروض بقدر ما لكل فيها.

ولايشترط فى هذه الشركة خلط أموال الشركـاء ولا تسليمها بل تتم بالتعاقد فإذا تصرف أحد الشركـاء فى حصته كان تصرفه لحساب الشـركة بناء على التعاقد الذى صار به وكيـلا عنهم، وإذا حصل ربح كان بينهم على حـسب الاشتراط مع ملاحظة مابيناه فى شركة العنان، وأما الخسارة فيجب أن تكون على حسب ما لكل منهم فى رأس المال، وإن شرط غير ذلك كان شرطا لاغيا.

ويكون لكل شريك فى هذه الشركة أن يتصرف فيها على حسب مااتفق عليه الشركـاء فى عقـد الشركة، ولايخـرج عن ذلك إلا برضاهم، إذ إنه وكـيل عنهم فيتقيد بما يقيدونه به، فإن خالف كان التصرف له خاصة ولم ينفذ على الشركاء.

وهذه الشركـة إذا تحققت فـيها شروط المـفاوضة كانت مـفاوضة وبعـيد أن يحصل ذلك وإلا فهى شركة عنان.

شركة الأعمال: ويسمى هذا النوع أيضا شركة الصنائع وشركة التقبل وشركة الأبدان، ويراد بها أن يتفق اثنان أو أكثـر من أرباب المهن والأعمال على الاشتراك فى تقبل الأعمـال من الناس على أن يكون ربح هذه الأعمال أو أجورها مشـتركة بينهم على حسب مايتفقون عليه، وذلك كاشتراط نجارين أو بناءين أو مهندسين أو محاميـين أو طبيبين، ولا يشترط فيهـا اتحاد مهنة الشركاء فيجـوز اشتراك نجار مع طبيب وبناء مع مهندس، ولايشترط فـيها التساوى بين الشركاء فى الربح، ولايلزم فيها أن يكـون الربح على حسب العمل؛ لأن الأعمال تختلف، وإجـادتها كذلك تختلف. وهى تتـضمن الوكالة فكل عمل يـتقبله أحد الشـركاء يكون مطلوبا من باقيهم؛ لأنه يـعتبر وكيـلا عنهم فى تقبله، ولذا يكون الكسب بينهم جمـيعا على حسب الشرط وإن لم يعمل أحدهم؛ لأنه يستحق الأجـر حينئذ بضمانه والتزامه،

ولهذا كانت شركة العنان فى الأعمال فى حكم شركة المفاوضة من حيث ضمان العمل فقط، وجواز مطالبة كل شريك به، وجواز مطالبة كل شريك بأجره وجواز دفع الأجر لكل شريك، وليس هذا فى شركة العنان فى الأموال إذ يطبق فيها أحكام الوكالة، وذهب الشافعى إلى أن هذه الشركة غير جائزة لعدم المال فيها.

شركة الوجوه: ويقال لها شركة المفاليس، وسميت بشركة الوجوه لأنها تنبنى على ما للشركاء فيها من وجاهة ومنزلة فى الناس بسبب حسن المعاملة، ويراد بها أن يشترك اثنان أو أكثر ممن ليس لهم رأس مال على أن يشتروا بالنسيئة ثم يبيعوا مايشترونه على أن يكون مايربحونه من هذه التجارة بينهم. وهذا النوع من الشركة غير جائز عند الشافعى ومالك.

وإذا تمت هذه الشركة تضمنت وكالة كل شريك عن سائر الشركاء، وإن شرطوا التساوى بينهم فى كل شىء وتوافرت فيها شروط المفاوضة كانت مفاوضة وإلا كانت عنانا. وسبب استحقاق كل شريك حصته من الربح فى هذه الشركة هو ضمانه. وبما أن ضمان ثمن المشترى هو بحسب ما لكل شريك فيه من حصة وجب أن يكون تقسيم الربح بينهم على حسب ما لكل منهم من سهام فى الشركة، فإذا شرط لأحدهم زيادة كان شرطا لاغيا والخسارة فيها على قدر حصصهم كذلك.

انتهاء الشركة: والشركة عقد غير لازم لتضمنه الوكالة التى هى عقد غير لازم، فتبطل بما يأتى:

(١) فسخ أحد الشركاء للشركة بشرط أن يعلم صاحبه بذلك.

(٢) جنون أحد الشركاء جنونا مطبقا وإن لم يعلم شريكه بذلك لأنه قد انعزل عن وكالته بفقد أهليته.

(٣) موت أحد الشريكين وإن لم يعلم الآخر بذلك لما تقدم.

وإذا كان الشركاء أكثر من اثنين لم تنفسخ بالأسباب المتقدمة إلا فى نصيب من خرج عن الأهلية أو فسخها وبقيت بين الآخرين.

(٤) هلاك المال المشترك جميعه، فتنفسخ بذلك بين جميع الشركاء لزوال محلها.

المضاربة

التعريف بها: هى نوع من الشركة يكون فيـها رأس المال من جانب والعمل من جانب آخر؛ وتسمى*كذلك مقارضة وقراضا، لأن صاحب المال يقطع قدرا من ماله ويسلمه إلى العامل وهو المضـارب، وقد سمى بذلك لأنه يضرب فى الأرض ويسعى فيها قصدا إلى التجارة وتنمية المال.

وقد عرفهـا الفقهاء بأنها عقـد على الاشتراك فى الربح على أن يكون رأس المال من طرف والعمل فيـه من الطرف الآخر. وقد يتعدد صـاحب رأس المال كما يتعدد العامل وهى من العقود المالية الدائرة بين النفع والضرر.

ركنها: الإيجاب والقـبول، ويكون ذلك بكل مايدل على معناها كـأن يقول رب المال: خذ هذا المال فضارب فيه على أن يكون لك من الربح ثلثه أو اعمل فيه على ذلك أو اتجر فيه ونحو ذلك.

شروطها: يشـترط فى رب المال أن يكون أهلا للتـوكيل، وفى المـضارب أن يكون أهلا للوكالة؛ وذلك لأن المضارب وكيل عن رب المال فى الـعمل فيه وأمين عليه ككل شريك مع شريكه.

ويشترط فى رأس المال مايأتى:

(١) أن يكون ذهبـا أو فضـة أو نقدا رائجـا، فلايجـوز أن يكون عقـارا أو عروضا إلا إذا قـال المالك للمضارب: بعها وضـارب فى الثمن، فعند ذلك يكون وكيلا ببيعها ثم مضاربا فى ثمنها بعد قبضه، ولاتنعقد المضاربة صحيحة عندئذ إلا عند قبضه حتى لو تصرف قبله لم يكن تصرفه للمضاربة.

(٢) أن يكون معلوما فلا تصح فى مجهول تجنبا للمنازعة.

(٣) أن يكون عينا فلاتصح فى الدين إلا إذا قال له: اقبضه وضارب فيه.

(٤) أن يسلمه صاحبه إلى المضارب ليتمكن من العمل، فلو شرط أن يعمل فيه معـه فسدت المضاربة؛ لأن ذلك يخل بكمال التـسليم والمراد ألا يعمل صاحب المال مع المضـارب فيـه كمـا ألا يعمل صـاحب الأرض مع المزارع. ولكن لو دفع

الأب أو الوصى مال موليه مضاربة وجعل كل منهما لنفسه أن يعمل جاز، إذ يجوز لكل منهما أن يضارب بمال موليه ولا مانع من تعدد المضارب.

وقد علمت أنها شركة فى الربح وعلى ذلك لابد فيها من بيان نصيب كل من رب المال والمضارب، فلو جعل الربح كله لرب المال وعمل المضارب فيه مجانا صح العقد وسمى حينئذ بضاعة والعامل مستبضعا، ولو جعل الربح كله للعامل كان العامل بذلك مقترضا للمال من صاحبه، وكذلك يجب أن يكون نصيب كل من رب المال والمضارب فى الربح مقدارا مبينا شائعا فيه، فلا يصح اشتراط دراهم معلومة لأحدهما كعشرين جنيها فى الشهر أو كخمس رأس المال لصاحبه أو نحو ذلك، لأن هذا يؤدى إلى قطع الشركة فعسى ألا يزيد الربح عما شرط، وعلى الجملة فكل شرط اقتضى جهالة فى الربح أو كان مفضيا إلى قطع الشركة فيه أفسد المضاربة. أما إذا لم يؤد إلى ذلك فإنه يصح أن يخالف مقتضاها، ويلغو إن خالفه دون أن يؤثر فى صحة المضاربة، كما إذا شرط فى العقد أن تكون الخسارة أو بعضها على المضارب.

حكمها: يصير المضارب بالعقد وكيلا عن رب رأس المال إذا عمل، ويصير المال فى يده أمانة بتسلمه، لأن ذلك شأن الوكيل، ولذا يضمنه إذا توفى مجهلا له، وإذا ظهر ربح كان شريكا فيه على مقتضى الشرط، وإذا ظهرت خسارة كانت على رب رأس المال وحده، واحتسبت أولا من الربح إن كان المال قد ربح؛ لأنه تبع للمال.

وكذا إذا هلك من رأس المال شيء بلا تعد احتسب أيضا من الربح للسبب نفسه، فإن لم يف الربح بذلك احتسب الزائد من رأس المال، ولايرجع رب المال على المضارب بشيء منه، ولافرق فى ذلك بين ربح لايزال مضموما إلى رأس المال لم يرفع منه وربح قد رفع منه وقسم بين المضارب ورب المال على ماشرطا، فيجب أن يترادا كل ربح قسم بينهما فيما مضى فيحسب منه مقدار الخسارة أو التلف حتى يسلم لرب المال ماله، ومابقى فهو بينهما على الشرط، وإذن فلا يستقر ملك المضارب لما يأخذه من ربح إلا بفسخ المضاربة مع سلامة رأس المال لصاحبه، حتى إذا استهلكه فى شئون نفسه ثم تلف رأس المال كان ضامنا لما أخذه من الربح حتى يسلم رأس المال لصاحبه.

والمضاربة إما مطلقة وإما مقيدة، فالمطلقة هى التى لم تقيد بقيد، والمقيدة ماقيدت بزمان أو مكان أو نوع من التجارة أو بمعاملة أناس مخصوصين كأن يقيد المضارب بالمضاربة مدة ثلاث سنين فقط من وقت تسلمه المال، أو بالمضاربة فى القاهرة، أو المضاربة فى القطن أو فى الحبوب أو بالعمل مع أهل مدينة كذا دون غيرهم، وفى هذا الحال يتقيد بما قيد به لأنه وكيل، والوكيل يتقيد بما يقيده به موكله، فإن خالف كان غاصبا وانقلبت يده حينئذ يد ضمان وكان تصرفه لنفسه وربحه له لا لرب رأس المال ولا على الشرط، فإذا نقص رأس المال بأى سبب كان ضامنا لنقصه.

وإذا فسدت المضاربة بسبب من الأسباب، كاشتراط قدر محدد من الربح لرب المال وعمل المضارب فيها كان أجيرا فى المال وأمينا عليه، فيستحق أجر مثله، سواء أربح أم لم يربح، ولايستحق ماسمى له لفساد التسمية بفساد العقد، وإنما استحق أجره وإن لم يربح لأنه لم يرض بالعمل مجانا، ولكن لايزاد أجره على ما شرط له عند أبى يوسف. وقال محمد والشافعى له أجر مثله بالغا مابلغ. وإذا هلك فى يده المال بلا تعد ولاتقصير لم يضمنه.

نفقات المضارب: ونفقات المضارب إذا سافر فى شئون المضاربة تجب فى مالها وتشمل الطعام والكسوة والركوب ونفقة المبيت، يصرف منه فى سبيل ذلك بالمعروف، أما فى حال إقامته فنفقته فى مال نفسه.

مايملكه المضارب من التصرف: يجب أن يتقيد المضارب بما يقيده به رب المال كما قدمنا، وفيما عدا ذلك تكون تصرفاته ثلاثة أنواع:

(١) نوع يملكه بمقتضى عقد المضاربة وهو ماتتناوله أعمال التجارة عادة فيملك البيع والشراء بأجل متعارف وبغير أجل، غاية الأمر أنه يمتنع عليه الغبن الفاحش، فإذا فعل فاشترى به مثلا نفذ الشراء عليه ولم يكن للمضاربة، وكذلك إذا باع مال المضاربة بغبن فاحش لم ينفذ عند الصاحبين خلافا للإمام كما تقدم فى الوكيل، ويملك كذلك التوكيل بهما والسفر بالمال ودفعه بضاعة وإيداعه ورهنه وإجارته.

(٢) ونوع لايملكه إلا إذا قيل له فى عقد المضاربة اعمل برأيك وهو

مايحتمل أن يلحق بأعمال التجارة وذلك كإعطاء مال المضاربة لشخص ثالث على أن يضارب فيه أو جعله رأس مال لشركة.

فإذا أعطاه مضاربة فى هذه الحال صح وكان لرب رأس المال ربحه على حسب الشرط فى عقد المضاربة الأول، ومايبقي بعد ذلك يكون بين المضارب الأول والثانى على حسب الشرط فى عقد المضاربة الثانى، إذ لا يستطيع المضارب الأول أن ينقص نصيب رب المال فإذا كان الربح فى المضاربة الأولى مناصفة فيما يرزق الله، وفى المضاربة الثانية مناصفة لم يكن للمضارب الأول شىء، وإذا جعل للمضارب الثانى فى هذه الحال الثلث فقط كان له، وكان لرب المال النصف والباقى وهو السدس للمضارب الأول، وإذا كان الربح فيه المضاربة الأولى مناصفة فيما يعطيه الله من الربح للمضارب ثم ضارب فيه المضارب على النصف كان النصف للمضارب الثانى. والنصف الآخر بين رب رأس المال والمضارب الأول بالسوية، لأنه هو ما أعطاه الله للمضارب، وكذلك يكون الحكم فيما إذا ماشارك المضارب غيره فى رأس المال أو أضاف إلى رأس مال المضاربة من ماله وكون من المجموع شركة.

(٣) ونوع لايملكه إلا بالنص الصريح عليه كالتبرعات والإقراض والشراء نسيئة بما يزيد على رأس مال المضاربة.

ماتنتهى به المضاربة: تنتهى بما يأتى:

(١) بهلاك مال المضاربة جميعه بلا تعد ولاتقصير قبل التصرف فيه لزوال محلها. فإن هلك بعد التصرف فيه لم تبطل، كما إذا اشترى المضارب نسيئة والمال فى يده ثم هلك فإنه يأخذ ثمن ما اشتراه من رب المال ولاتبطل.

(٢) بموت كل من رب رأس المال والمضارب. فإذا مات رب المال انعزل المضارب علم بذلك أو لم يعلم، فلا يملك التصرف بعد الموت في مال المضاربة إلا بجعله ناضا أى بتحويله بالبيع إلى نقود إذا كان عروضا، فإذا كان مال المضاربة حين موت أحدهما عروضا كان للمضارب عند موت رب المال أن ينضها أى أن يبيعها بنقود حتى يظهر بذلك ربحه، ولكن لايشترى بالنقود شيئا لانتهاء المضاربة، وكان ذلك لوصى المضارب عند موته، فإن لم يكن له وصى جعل القاضي له

رصيا فى ذلك، وقيل يكون ذلك عندئذ لرب المال مع وصى المضارب. والاول أصح.

(٣) بجنون كل منهما جنونا مطبقا، فإذا حصل الجنون والمال عروض كان للمضارب أو القيم عليه أن ينضه.

(٤) بعزل المضارب من قبل رب المال؛ لأن المضاربة عقد غير لازم، ولكن لاينعزل إلا متى علم بذلك وكان المال ناضا، وإذا كان المال حين العزل غير ناض كان له أن يحوله بالبيع إلى نقد ليظهر ربحه، وليس له الشراء بهذا النقد لانتهاء المضاربة.

وإذا كان للمضاربة ديون وفيها ربح أجبر المضارب بعد العزل على اقتضاء الديون لأنه أجير، وذلك من عمله، فإن لم يكن فيها ربح لم يجبر على الاقتضاء، ولكن يؤمر بأن يوكل رب المال باقتضائها.

القسمة

التعريف بها: القسمة جميع النصيب الشائع من مال مشترك فى جانب معين منه بناء على طلب أحد الشركاء، فإذا كانت أرض مشتركة بين اثنين فقسمت بينهما على حسب سهامهما فاختص كل منهما بجانب معين منها وكان ذلك بناء على طلب أحدهما تمت القسمة وصحت، فإذا لم يكن من أحدهما طلب لم تقع صحيحة.

ركنها: وركنها الفعل الذى يحصل به الإفراز والتمييز بين الأنصباء كالكيل فى المكيلات والعد فى المعدودات والذرع فى المذروعات.

أنواعها: المال المشترك إما أن يكون من جنس واحد أو من جنسين فأكثر، وعلى كل فإما أن يكون مثليا أو قيما. وقسمته فى جميع هذه الأحوال تتضمن المبادلة والإفراز على الوجه الآتى بيانه:

فالمبادلة أن يأخذ كل شريك بعض ماكان لغيره من الشركاء فى المال المشترك نظير ما أخذوه من ملكه فى هذا المال.

والإفراز أن يأخذ كل شريك بعض حقه عينا.

فإذا اشترى اثنان كتابين شركة بينهما لكل منهما النصف كان كل كتاب من هذين الكتابين مشتركا بينهما لكل منهما نصفه شائعا فيه، فإذا اقتسماهما فأخذ كل واحد كتابا فقد أخذ عين حقه فى هذا الكتاب وهو نصفه، وكان ذلك إفرازا لبعض ملكه عن ملك صاحبه، وأخذ النصف الآخر من شريكه بدلا عما يملكه فى الكتاب الآخر وهو نصفه وذلك معنى المبادلة، إذ يتم بذلك بين الشريكين تبادل ومعاوضة فى نصفى الكتابين، وبهذا يملك كل شريك كتابا معينا، نصفه كان ملكا له من قبل، ونصفه تملكه بمقتضى هذه المبادلة التى بيناها.

فإذا كانت القسمة فى جنس واحد مثلى كقمح مشترك وكتابين من نوع واحد فإن معنى المبادلة يكون ضعيفا لتساوى البدلين من كل وجه، ومعنى الإفرا يكون حينئذ ظاهرا لعدم التفاوت بين آحاد المال المشترك، فكأن كل شريك قد أخذ عين حقه بهذه القسمة وميزه عن ملك شركائه. وبناء على هذا يجوز، لكل من الشركاء أن يقسم فى غيبة الآخرين وبدون علمهم، وأن يتسلم نصيبه كذلك فى غيبتهم، ولكن لاتتم القسمة إلا بتسلم الغائب حصته. حتى إذا تلفت قبل أن يتسلمها كان الباقى من المال مشتركا بين الجميع، ولكن إذا تلفت أولا حصة القاسم من الشركاء بعد أن تسلمها تمت القسمة بالنسبة إليه وكان تلف حصته عليه، ولايكون ما استبقاه لشريكه شركة بينهما.

وإذا كانت فى جنس واحد قيمى كعشرين شاة مشتركة بين اثنين مثلا فأخذ أحدهما تسع شياه وأخذ الآخر إحدى عشرة كان معنى المبادلة فيها أظهر من معنى الإفراز لوجود التفاوت بين آحاد المال المشترك فلايكون كل من الشريكين قد أخذ عين حقه، وبناء على ذلك لاتجوز القسمة إلا بحضور جميع الشركاء، ولا يجوز لأى شريك أن يأخذ حصته فى غيبة الباقين، ولكن لاتحاد الجنس ورغبة أحد الشركاء فى الانتفاع بحصته مفرزة يجبر القاضى سائر الشركاء عليها إذا أبوها عندما يطلبها أحدهم.

وإذا كانت فى جنسين أو أكثر من مال قيمى أو مثلى أو مال مختلط كأن يكون المال المشترك إبلا وخيلا وغنما، أو قمحا وشعيرا وأرزا، أو حبوبا وغنما،

فإن معنى المبادلة يكون أوضح منه فى النوع السابق، ولذا لاتجوز القسمة إلا بحضور جميع الشركاء، ولايجوز لأحدهم أن يأخذ حصته فى غيبة الآخرين ولا تتم إلا بالتراضى بين الجميع، وإذا طلبها بعضهم لم يجبر القاضى من يأباها منهم[1].

وفى حكم الأجناس المختلفة الجنس الواحد إذا تعددت آحاده وتفاوتت قيمها تفاوتا فاحشا كالجواهر، أو لم تتعدد ولكن لايحتفظ بعد قسمته بمنفعته التى كانت له قبل القسمة كالحمام الصغير والكتاب والثوب والفرس من كل مالا ينتفع به بعد قسمته الانتفاع الذى كان له من قبل، فإن القسمة فيه لاتتم بالإجبار من القاضى ولاتتم إلا برضا الشركاء.

ومما تقدم يتبين لنا أن القسمة قد تتم بقسمة كل واحد من المال المشترك وتسمى حينئذ قسمة تفريق، كأن يكون المال المشترك أرضا ودارا ومقدارا من القمح فيقسم كل من الأرض والدار والقمح، وقد تتم بجعل نصيب أحد الشريكين وجمعه فى بعض آحاد المال كأن يكون المال المشترك أرضا ودارا فيأخذ أحد الشريكين الأرض والآخر الدار وتسمى هذه قسمة جمع. وكل من قسمتى التفريق والجمع قد تتم بطريق القضاء والجبر عليها فتسمى حينئذ قسمة قضاء، وتكون أمام القاضى بناء على طلب بعض الشركاء، وإباء بعضهم الآخر، وقد تتم بالتراضى بين الشركاء وتسمى حينئذ قسمة تراض، وتارة تكون هذه فى مجلس القضاء إذا ماتراضى عليها جميع الشركاء فى مجلسه، وتارة تكون فى غير مجلسه إذا تمت بين الشركاء بعيدا عن القاضى.

والأموال بالنسبة إلى هذين النوعين من القسمة نوعان: الأول: مايقبل كلا منهما،وذلك كل مال متعدد تقبل آحاده التجزئة مع بقاء منفعتها التى كانت لها قبل قسمتها، وذلك كعدد من الدور الكبيرة والضياع. الثانى مايقبل أحدهما فقط وهو إما أن يقبل قسمة التفريق فقط كدار كبيرة أو أرض زراعية واسعة. وضابطه أن يكون المال شيئا واحدا يقبل التجزئة مع بقاء منفعته التي كانت له قبل قسمته. وإما أن يقبل قسمة الجمع فقط وهو أن يكون متعدد الآحاد ولكن آحاده إذا قسمت

---

(١) وهذا إذا لم تكن بقسمة كل من الأجناس المشتركة بين جميع الشركاء، فإذا كانت كذلك فإنها تكون من النوع الأول إذا كان الجنس المقسوم مثليا ومن النوع الثانى إذا كان قيميا.

تغيرت منفعتها بعد القسمة فلا يمكن أن ينتفع بكل حصة منها الانتفاع الذى كان لها قبل القسمة كعشرين شاة وخمس عشرة سيارة.

شروطها: يشترط فى المال المقسوم مايأتى:

(١) أن يكون عينا فلا تصح قسمة الدين قبل اقتضائه، وذلك لأنه وصف اعتبارى فى ذمة المدين وقسمته لاتؤدى إلى مساواة بين الشركاء، فقد يتوى بعض الدين ولا يتوى بعضه الآخر فيتضرر من كان التاوى فى حظه، وعلى ذلك إذا كان لاثنين دين مشترك لدى مدينين لم يجز اتفاقهما على أن يختص كل واحد منهما بدين معين منهما، بل يكون مايستوفيه كل منهما شركة بينهما.

(٢) الإفراز والتمييز بين الحصص، فإن كان المقسوم أرضا كان ببيان الحدود؛ لأن القسمة إفراز ولايتم إلا بهذا فلا تصح بأن يجعل لفلان الجانب الشرقى منها وللآخر الجانب الغربى منها دون بيان حد.

(٣) أن يكون ذلك المال ملكا للشركاء حين القسمة لا ملك لغيرهم فيه، فقسمة الغاصبين لما غصبوا غير صحيحة [١].

(ب) ويشترط فى القسمة ما يأتى:

(١) ألا تفوت بها منفعة الشراء فإذا فاتت بها منفعتهم جميعا لم يجز للقاضى أن يجبرهم عليها، وذلك إذا كان المال المشترك واحدا لايقبل القسمة كآلة خياطة، ولكن إذا رضى جميع الشركاء فيها بقسمتها جاز ذلك وإن تلفت لأن المال مالهم، وإن فات بها منفعة أحدهم ـ وذلك كما فى دار كبيرة مشتركة بين اثنين لأحدهما فيها متر مربع مثلا وباقيها للآخر ـ فقد اختلف الحنفية فقيل يجوز للقاضى أن يجبر عليها عند طلب من لا تفوت منفعته لأنه صاحب الجزء الأكبر

---

(١) إذا ظهر بعد قسمة المال مستحق له فإن استحقه أو استحق بعضا شائعا فى جميعه بطلت القسمة اتفاقا، وإن استحق جزءا شائعا فى أحد الأنصباء فكذلك الحكم عند أبى يوسف لفوات معنى الإفراز بذلك، وقال الإمام: يخير من استحق بعض نصيبه بين المطالبة بفسخ القسمة ثم القسمة مرة أخرى، وبين إقرارها والرجوع على شركائه الآخرين بقسط كل منهم فيما استحق. وإن استحق جزءا معينا فى أحد الأنصباء أو فيها جميعها لم تفسخ اتفاقا بين الأئمة الثلاثة، ولكن يرجع من استحق جزء من نصيبه على الباقين بقدر ما يخصهم من الجزء المستحق، إذ ظهر بذلك أن ما أخذوه منه لم يكن ملكا له، فيلزمهم رده إلى صاحبه ورجوع بعضهم على بعض لتصحيح القسمة، وإذا كان الاستحقاق فى أكثر من نصيب واحد رجع بعضهم على بعض على هذا الأساس. وإذا قسم الورثة بينهم تركة مورثهم وعليها دين بطلت القسمة إلا إذا أوفوا الدائن دينه أو تنازل عنه او تركوا من التركة مايفى بدينه من غير قسمة إذ لاتركة إلا بعد وفاء الدين.

ويريد أن ينتفع بماله فلا يضر في ذلك بسبب غيره، وقيل لايجبر القاضى عليها إلا عند طلب من تفوت منفعته لا عند طلب الآخر؛ لأن في إجابة طلب الآخر الإضرار بشريكه فلا يقر على ذلك، وقيل يجبر عليها عند طلب أحدهما.

(٢) أن تكون عادلة فإن ادعى أحد الشركاء أن فيها غبنا فإن كان يسيرا لم يلتفت إلى قوله. إذ لايمكن الاحتراز عنه عادة، وإن كان فاحشا، وكانت بقضاء بطلت اتفاقا؛ لأن قضاء القاضى مقيد بالعدل، وإن كانت بالتراضى لم يسمع لقوله عند بعضهم لسبق رضاه بها فيكون متناقضا، والأصح أنها تفسخ إذا أثبت ذلك.

(٣) إذا كانت القسمة بالتراضى وجب فيها تراضى جميع الشركاء، ولاتصح فى غيبة أحدهم، وإذن لابد من حضورهم بأنفسهم أو بوكلائهم، وإذا كان منهم صغير أو محجور عليه قام وليه أو وصيه أو القيم عليه مقامه، فإن لم يكن له ولى نصب له الحاكم وصيا أو قيما يتولى القسمة بدلا عنه.

(٤) إذا قضى بالقسمة وجب أن يكون ذلك بناء على طلب أحد الشركاء على الأقل.

قسمة الجمع: إذا تمت بين الشركاء كانت صحيحة لازمة متى كانت برضاهم وفى حضرتهم، وإذا لم يرض بها جميع الشركاء احتاج طالبها إلى رفع الأمر إلى القضاء، وعندئذ لا يجبر القاضى من أباها إلا إذا كان المال المشترك من جنس واحد سواء أكان مثليا أم قيميا، أما إذا كان مكونا من عدة أجناس ولم تمكن قسمة كل جنس على حدة فلا يجبر القاضى عليها، وفى حكم ذلك ما إذا كان المال المشترك جواهر أو دورا متعددة ولو فى مصر واحد على قول الإمام، وخالف الصاحبان فى دور المصر الواحد ففوضا الأمر فيها إلى القاضى إن شاء قسمها جبرا وإن شاء لم يجبر حسب مايرى.

قسمة التفريق: تتم بالتراضى بين الشركاء، فإن رفع الأمر فيها إلى القاضى بسبب إباء بعضهم جبر عليها إن انتفع كل شريك بحصته الانتفاع الذى كان لها من قبل وإلا لم يجبر عليها، وقد قدمنا الخلاف عند الحنفية فى ذلك. وقد ذهب بعض الحنابلة إلى أن القاضى يبيع المال المشترك فى هذه الحال إذا تضرر بها أحد الشركاء ويقسم ثمنه بين الشركاء حتى لايتضرر أحدهم، ويجوز أن يباع حينئذ لمن يرغب فيه منهم.

القسام: ينبغى للإمام أن يعين قاسمين يرزقون من بيت المال رحمة بالناس، ويجوز أن تجعل أجرتهم على المتقاسمين على نسبة الأنصباء عند الصاحبين، وعلى عدد رءوس الشركاء عند الإمام فى غير المكيل والموزون، أما فيهما فعلى الأنصباء، وروى عنه أيضا عدم استثناء المكيل والموزون وجعل الأجرة فيهما على عدد الرءوس فى جميع الأحوال. وروى عنه أن الأجرة على طالب القسمة دون آبيها. أما كيفيتها فذلك يرجع إلى طرق عملية وحسابية وهندسية تختلف باختلاف المال المقسوم، والشرط أن تكون عادلة كما ذكرنا فيما مضى.

ولا يدخل القسام النقود فى قسمته - سواء أكانت قسمة منقول أم قسمة عقار - لكى يعادل بها بين الأقسام إلا برضا الشركاء؛ لأن إدخالها يستلزم معاوضة صريحة ولاتكون إلا عن رضا، ومن العلماء من أجاز ذلك بغير الرضا إذا دعت إليه الضرورة وكانت القسمة بالقضاء، فإن القاضى قد يبيع مال المدين جبرا عنه قضاء لدينه، فيجوز له ذلك عند القسمة إذا دعت الضرورة إليه وهذا حسن.

حكم القسمة وثبوت الخيارات فيها: إذا تمت القسمة وتعين لكل شريك نصيبه بالقرعة أو بالرضا فقد لزمت، فلايجوز لأحدهم العدول عنها لأنها لازمة إلا إذا أثبت فيها غبنا أو خطأ.

ولما فى القسمة من معنى المعاوضة تثبت فيها الخيارات، فإذا كانت قسمة جمع فى أجناس مختلفة يثبت خيار العيب وخيار الرؤية وخيار الشرط، وكذلك فى قسمة القيمى مطلقا من جنس واحد، وفى قسمة المثلى من جنس واحد لايثبت إلا خيار العيب [1].

المهايأة: كما تجوز قسمة الأعيان على النحو الذى بينا تجوز قسمة المنافع بالمهايأة، فتختص المهايأة بالمنافع ولاتجوز فى الأعيان كثمار الأشجار ولبن الحيوان. بل يقسم المتحصل منها على الوجه الذى سبق.

والمهايأة نوعان : زمانية ومكانية، **فالزمانية** أن يتبادل الشركاء منافع المال المشترك أزمانا بحسب حصصهم فيه، فإذا كانت دارا مشتركة بين ثلاثة لكل الثلث

(١) راجع الفتاوى الهندية ج٥ ص٢١٧.

أمكنهم أن يتهايئوا سكناها على أن يسكنها كل واحد شهرا أو سنة مثلا. وإذا كان لأحدهم الثلث والآخر السدس وللثالث النصف تهايئوها على أن يسكنها صاحب النصف ثلاثة أشهر وصاحب الثلث شهرين وصاحب السدس شهرا وهكذا.

والمكانية أن يتبادل الشركاء منافع المال المشترك بقسمته بينهم قسمة مؤقتة غير لازمة، فإذا كان أرضا زراعية وهى لشريكين فأخذ أحدهما نصفها الغربى فانتفع به وأخذ الآخر نصفها الباقى، أو دارا فأخذ أحدهما سفلها والآخر علوها، كان هذا من قبيل المهايأة المكانية، ولابد فى الزمانية من تعيين المدة لأنها معيار الانتفاع، أما المكانية فلا يلزم فيها تعيين مدة كما هو ظاهر.

وإذا طلب أحد الشريكين المهايأة وطلب الآخر القسمة قدم طلب القسمة إذا أمكنت؛ لأنها أقوى، فإذا لم تمكن القسمة أجبر الطالب لها على المهايأة بطلب شريكه.

ويجوز لكل شريك بعد الاتفاق على المهايأة أن يستوفى المنفعة بنفسه وأن يؤجر حصته لغيره.

والمهايأة إن كانت بالتراضى فهى عقد غير لازم، فيجوز لأحد المتهايئين أن يفسخها وإن كانت بقضاء القاضى بسبب امتناع بعضهم عنها لم تفسخ إلا برضاهم جميعا.

الصلح

التعريف به: الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما، فإذا ادعى إنسان على آخر حقا فصالحه عنه المدعى عليه جاز، وكان طالب الحق مصالحا والمطالب به مصالحا والحق المطلوب مصالحا عنه وما أعطى للطالب مصالحا عليه أو بدل صلح.

ركنه: وركنه الإيجاب والقبول ككل عقد له طرفان.

شروطه: يشترط فى طرفيه أن يكون كل منهما أهلا لمباشرة العقد الذى يشكل به صلحهما فإن شكل صلحهما ببيع اشترط فيهما ما يشترط فى عاقدى

البيع، وإن شكل بإجارة فكذلك يشترط فيهما مايشترط فى المؤجر والمستأجر، وإن شكل بإبراء اشترط فيهما مايشترط فى المبرئ والمبرأ وهكذا، وسنبين ذلك قريبا.

(ب) ويشترط فى المصالح عنه ما يأتى:

(١) أن يكون حقا لمدعيه سواء أكان مالا أم منفعة، فإذا لم يكن حقا له بأن كان حقا لله تعالى كحد القذف أو طلاقا أو زواجا أو كان حقا لغيره كنسب يدعيه لولده «فإنه حق الصغير» فلا تجوز مصالحة المدعى به عليه لأنه لايستطيع إسقاطه إذ ليس ذلك له.

(٢) أن يكون حقا ماليا غير مجرد، ونعنى به أن يكون حقا ثابتا متقررا فى محله كما سبق بيانه، ولذا لا تصح المصالحة عن حق الشفعة ولا عن خيار الشرط؛ لأنه ليس حقا متقررا فى محله وهو المبيع، بل يرجع إلى مشيئة صاحب الحق، فلا يلزم بذلك الصلح مال وإن ترتب عليه سقوط الحق لصحة التنازل عنه، وهذا بخلاف حق القصاص فيصح الصلح عنه لأنه متقرر فى محله إذ يصير به المحل - وهو نفس القاتل - مملوكا لولى المقتول فى حق الاستيفاء منه فيصح الصلح عنه.

(جـ) ويشترط فى بدل الصلح ما يأتى:

(١) أن يكون ملكا للمصالح سواء أكان مالا أم منفعة فإذا كان غير مملوك له توقف الصلح على إجازة مالكه دَفْعَهُ إلى المصالح.

(٢) أن يكون معلوما إذا احتيج إلى تسليمه فإن لم يحتج إلى تسليمه لم يشترط كما إذا كان كل من المتصالحين يدعى على الآخر حقا ثم تصالحا على أن يترك كل منهما حقه، فإن ذلك جائز وإن لم يبين كل منهما مايدعيه.

ويتشرط فيه شروط أخرى تختلف باختلاف تكييف عقد الصلح، فإن اعتبر سلما، مثلا، روعيت فيه شروط السلم، وإن اعتبر صرفا روعيت فيه شروط الصرف، وهكذا،

حكمه: وحكمه أنه عقد لازم فلا يملك أحد المتصالحين بعد تمامه أن يستبد بفسخه. ومتى تم دخل بدل الصلح فى ملك المدعى وسقطت دعواه فلا يقبل منه

أن يدعى بالحق مرة أخرى، ولا يملك المدعى عليه أن يسترد بدل الصلح منه، وإذا توفى أحد المتصالحين لم يترتب على وفاته انفساخ الصلح إلا إذا كان فى معنى الإجارة. كما إذا صالح المدعى عليه المدعى على أن يترك حقه نظير سكناه لداره سنة ثم توفى أحدهما قبل انقضاء السنة فإن الصلح ينفسخ فى باقى المدة ويكون للمدعى أن يرجع فى دعواه بقدر ماله من مدة باقية من السنة.

أقسامه : ينقسم ثلاثة أقسام:

(١) صلح عن إقرار، وصورته أن يدعى إنسان على آخر حقا كمائة جنيه مثلا فيقر بها المدعى عليه ثم يصالحه على خمسين جنيها أو على أن يعطيه سيارة مثلا. وهذا صلح جائز، وهو فى الصورة الأولى استيفاء لبعض الحق وترك لبعضه الآخر، وفى الثانية معاوضة بين المتصالحين، فيترتب عليه جميع مايترتب على البيع من أحكام.

(٢) صلح عن إنكار، وذلك كما إذا أنكر المدعى عليه الدين فى الصورة السابقة ثم صالح المدعى على ماذكر، ويعتبر هذا من ناحية المدعى عليه قطعا للنزاع وافتداء لليمين، ومن ناحية المدعى يعتبر فى الصورة الأولى استيفاء لبعض الحق وإسقاطا لبعضه الآخر. وفى الثانية معاوضة تترتب عليها جميع أحكام البيع بالنسبة له فقط، فإن كان بدل الصلح عقارا كان لجاره أن يأخذه منه بالشفعة؛ لأنه قد تملكه فى زعمه نظير حقه.

(٣) صلح عن سكوت كما إذا سكت المدعى عليه فى الصورة المبينة فلم يعترف بالدين ولم ينكره، ولكنه عرض الصلح المذكور على المدعى فقبله منه، وحكمه كحكم النوع الثانى.

وذهب الشافعى إلى أن الصلح عن إنكار أو سكوت لايجوز لقوله عليه السلام: «والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا» وعند الإنكار أو السكوت لم يستحق المدعى قبل المدعى عليه شيئا، فإذا أخذ المدعى من مال المدعى عليه شيئا بهذا الصلح فقد استحل به حراما؛ لأن جميع مال المدعى عليه حرام، وعليه فلا يجوز هذا الصلح.

ورد الحنفية ذلك بأن المراد بالحرام ماكان حراما فى نفسه كأن يصالح أحد الخصمين خصمه على خمر، لا ما كان ممنوعا على أحدهما من مال الآخر قبل الصلح فإنه ليس بحرام فى نفسه، ولايعد حراما إلا بمنعه، فإذا بذله صاحبه كان حلالا ببذله.

ولما كان الصلح يتشكل بعقود كثيرة حسب موضوعه كان الأصل فيه أن يحمل على أشبه العقود به، فيحمل عند الإقرار على المعاوضة عند اختلاف جنس البدلين كما بينا، ويحمل على إسقاط بعض الحق عند اتحاد البدلين ونقص أحدهما عن الآخر كما تقدم، ويحمل على الإجارة عندما يكون بدل الصلح منفعة أعطيت نظير عين مدعاة، وكذلك يعتبر صرفا إن كان البدلان من نقدين مختلفين، وعلى هذا يشترط فى كل حالة من هذه الأحوال مايشترط فى العقد الذى شكل به الصلح فيها وحمل عليه، فإن حمل على البيع اشترطت جميع شروط البيع وإن حمل على الإجارة اشترطت شروطها، وهكذا، وعندئذ يترتب على الصلح كل مايترتب على العقد الذى حمل عليه من آثار.

وإذا كان عن إنكار أو سكوت لم يمكن أن يحكم عليه بحكم واحد بالنظر إلى المتصالحين بل نحكم عليه بالنظر إلى المدعى بحكم، ونحكم عليه بالنظر إلى المدعى عليه بحكم آخر، فنحكم عليه بالنظر إلى المدعى، بما نحكم عليه به عند إقرار المدعى عليه. ونحكم عليه بالنظر إلى المدعى عليه بأنه فداء لليمين وقطع للخصومة، وعلى ذلك يترتب على الصلح بالنسبة إلى المدعى جميع مايترتب على العقد الذى حمل عليه من آثاره وعلى ذلك يتفرع مايأتى:

(١) يثبت للمدعى فقط جميع الخيارات التى تثبت فى عقد المعاوضة لأن ما أخذه يعتبر عوضا عما يدعيه فى زعمه إذا كان الصلح عن إنكار أو سكوت، أما إذا كان عن إقرار فإن الخيارات تثبت لكل من طرفى الصلح على حسب مابيناه فى عقود المعاوضة.

(٢) إذا كان الصلح عن إنكار أو سكوت وكان الحق المدعى عقارا لم تثبت فيه الشفعة كما تقدم؛ لأنه لايزال فى يد من يدعى أنه ملكه لم يخرج منه، وإذا كان بدل الصلح فى هذه الحال عقارا ثبتت فيه الشفعة؛ لأنه انتقل من ملك المدعى عليه إلى ملك المدعى نظير مايدعيه من الحق.

وإذا كان الصلح عن إقرار ثبتت الشفعة فى البدلين إذا كان كل منهما عقارا إلى آخر ماتقدم فى الشفعة.

(٣) إذا استحق الحق المدعى به كله أو بعضه وكان ذلك بالبينة رجع المدعى عليه على المدعى بما يقابل المستحق من بدل الصلح كلا أو بعضا؛ لأنه مادفع بدل الصلح إلا ليسلم له هذا الحق، فإذا لم يسلم رجع فيما دفعه بدلا عنه، وحينئذ يكون للمدعى - إن أراد - أن يخاصم من أقام البينة على استحقاقه فى القدر الذى استحقه بها، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الصلح عن إقرار أو إنكار أو سكوت.

(٤) إذا استحق بدل الصلح كلا أو بعضا بالبينة فإن كان مما لايتعين بالتعيين رجع المدعى على المدعى عليه بمثل ما استحق، وإن كان مما يتعين رجع إلى الدعوى فيما يقابل البدل المستحق كلا أو بعضا إن كان الصلح عن إنكار أو سكوت، فيرفع الدعوى على المدعى عليه بذلك؛ لأنه ماترك حقه إلا نظير هذا البدل، فإذا لم يسلم له رجع إلى دعواه، فيما يقابل ما أخذ منه، وإن كان الصلح عن إقرار رجع على المدعى عليه بما يقابل البدل المستحق من الحق المعترف به كلا أو بعضا. وفي الواقع لافرق بين الحالين إلا فى طريق الإثبات؛ لأن طريق الإثبات فى الحال الأخيرة بينة وهو الإقرار السابق من المدعى عليه.

الإبراء

هو إسقاط شخص ما له من حق قبل شخص آخر كإسقاط الدائن دينه. ويكون بكل لفظ يدل على ذلك كأبرأت وأسقطت وأنت برىء من الدين. ولايتوقف نفاذه على القبول من المدين ولكن يرتد برده فى مجلس الإبراء لما فيه من معنى التمليك، فإنه قد يصور بأنه تمليك الدين لمن عليه الدين.

وقد يكون الإبراء عاما كأبرأتك من كل حق هو لى قبلك، وقد يكون خاصا كما فى أبرأتك من هذا الحق.

شروطه: الإبراء من قبيل التبرع فيشترط فى المبرئ أن يكون من أهل التبرع فلا يصح إلا من العاقل البالغ غير المحجور عليه لسفه أو دين، وإذا كان فى مرض الموت كان حكمه حكم الوصية فلا ينفذ بعد وفاة المبرئ إلا فيما يسعه ثلث تركته بعد وفاء الدين إذا كان عليها دين ويتوقف فيما زاد على الثلث على إجازة الورثة بعد الوفاة وهم من أهل التبرع. وهذا إذا كان المبرأ أجنبيا فإن كان وارثا توقف على إجازة باقى الورثة قليلا كان الدين المبرأ أم كثيرا. وبمقتضى قانون الوصية رقم ٧١ سنة ١٩٤٦ يكون المدين الأجنبى والوارث سواء فى نفاذ إبراء الدائن المريض لهما متى لم يتجاوز الدين ثلث التركة بعد وفاء دين المبرئ.

ويشترط فى الشخص المبرأ أن يكون معلوما فإذا قال شخص: أبرأت مدينا لى لم يصح الإبراء، وكذلك إذا قال: أبرأت كل مدين لى لم يصح، لما فيه من معنى التمليك، ولكن إذا كان المبرأ متعددا محصورا كأبرأت هؤلاء صح الإبراء.

وكذلك يشترط فى الإبراء أن يكون من حق ثابت قائم، فلا يصح الإبراء من حق لم يوجد ولا الإبراء من الأعيان، وعلى هذا لايصح إبراء الزوجة زوجها من نفقة العدة إذا صدر قبل الطلاق، ولا الإبراء من كتاب اغتصبه غاصب، ولكن يصح الإبراء من حق الادعاء بالأعيان، فلا تسمع الدعوى بها بعد ذلك الإبراء؛ لأنه حق وهو يقبل السقوط.

حكمه: اللزوم، فإذا كان خاصا سقط به الحق المسقط به، فلا تصح المطالبة به بعد ذلك، وإذا صدر عاما شمل جميع الحقوق القائمة عند صدوره، فلا تصح المطالبة بها كلها، ولايشمل مايحدث بعده من الحقوق. والله الموفق للصواب.

المحتويات

رقم الإيداع	١٩٩٦ / ٧٦٢٧
الترقيم الدولى I-S-B-N	977-10 - 0876 -5



تأليف

الشيخ علي الخفيف

أستاذ الشريعة بكلية الحقوق سابقًا

١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م